

LES
APPORTS EN NATURE
DANS
LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue, le Lundi 26 Mai 1930, à 14 heures

PAR

Jules SCORDEL

Président : M. J. PERCEROU, Professeur.

Suffragants { MM. A. WAHL
E. BARTIN } *Professeurs*

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot — PARIS (V^e)

1930



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552826_0029

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LES
APPORTS EN NATURE
DANS
LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue, le Lundi 26 Mai 1930, à 14 heures

PAR

Jules SCORDEL

Président : M. J. PERCEROU, Professeur.

Suffragants { MM. A. WAHL } *Professeurs*
 { E. BARTIN }

LIBRAIRIE
DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot — PARIS (V*)

1930



AUX MÉMOIRES

de

MON PÈRE

et

D'EDMOND BERNHEIM

INTRODUCTION

1. — L'exploitation des entreprises industrielles et commerciales sous forme de société par actions a pris de nos jours une extension considérable. Alors que cet état de choses n'est que le résultat d'une réelle nécessité, lorsqu'il s'agit de vastes et puissants organismes, qui exigent la réunion d'un capital excédant les possibilités de la fortune individuelle, tels que compagnies de chemins de fer, compagnies d'assurances, sociétés minières, groupes industriels ou commerciaux aux filiales multiples, etc..., on peut s'étonner que le type de la société par actions soit aujourd'hui si fréquemment adopté par des entreprises de moyenne et même petite importance.

Sans rechercher ici toutes les causes ayant contribué à cette évolution, il nous semble y voir particulièrement une manifestation de la mentalité de nos contemporains chaque jour régis et dominés d'une manière plus complète par, le pur souci de l'intérêt matériel. Diverses considérations se rattachant à ce nouvel idéal peuvent d'ailleurs être invoquées à l'appui de cette opinion.

2. — Bien que les rigueurs du Code de Commerce relatives à la faillite aient été atténuées par la loi de 1838 et que la loi

du 4 mars 1889 ait introduit dans notre législation le régime plus clément de la liquidation judiciaire, le commerçant s'est néanmoins efforcé de se soustraire aussi souvent que possible aux inconvénients résultant pour lui d'un échec de l'entreprise qu'il a fondée. Il constitue à cet effet une société anonyme à capital restreint, à laquelle il fait apport de son entreprise et ainsi sans diminuer sensiblement l'importance de ses gains, il échappe à une responsabilité, selon laquelle la totalité de son patrimoine constituait le gage de ses créanciers. Ses tractations deviendront plus hardies : si elles réussissent, il aura, tout en réduisant ses risques, augmenté le chiffre de ses bénéfices ; si au contraire elles entraînent des pertes, celles-ci seront surtout ressenties par les créanciers qui auront fait confiance à la société, car d'une part la fortune que le commerçant apporteur peut posséder par ailleurs lui demeure absolument intacte et d'autre part le bénéfice de la liquidation judiciaire sollicité à temps, permettra à cette société de ne payer, dans un certain délai, qu'une partie de ses dettes, alors même que sa situation redeviendrait ultérieurement florissante.

3. — Mais le désir d'échapper aux conséquences qu'entraîne la faillite n'est pas la seule cause, à laquelle on puisse attribuer la quantité toujours croissante des petites sociétés par actions ; ce but est d'ailleurs étranger aux préoccupations des gérants des sociétés en commandite. Lorsqu'un industriel ou un commerçant désire réaliser l'entreprise qu'il a fondée, deux moyens principaux s'offrent à lui. C'est tout d'abord la vente pure et simple, moyennant un prix à recevoir en espèces ; mais les droits de mutation sont élevés (1) et ont souvent pour effet d'éloigner les acquéreurs. C'est pour obvier à cet inconvénient

(1) Les droits exigibles sur une vente d'immeubles ou de fonds de commerce sont respectivement de 12 % ou de 8 % ; il y a lieu d'y ajouter, le cas échéant, la taxe de première mutation et aussi la surtaxe de 1.20 % ou de 2.40 %, suivant que le prix dépasse 300.000 ou 500.000 francs

que la pratique a imaginé le second moyen consistant à constituer une société par actions, à laquelle il est fait apport de l'entreprise, moyennant l'attribution d'un certain nombre d'actions d'apport. Tout récemment encore les associés de l'apporteur s'engageaient dans un acte occulte à racheter à celui-ci dès la constitution de la société tout ou partie de ses actions d'apport au pair, ce qui présentait pour lui tous les avantages d'une vente pure et simple, sans que sur cette opération il n'ait été perçu d'autres droits que ceux auxquels donnaient ouverture la mise en société du bien apporté et les cessions civiles d'actions d'apport (1). Pour déjouer cette formule, la loi du 30 décembre 1928 a prescrit que les cessions d'actions d'apport, réalisées pendant les deux années à dater du jour de la constitution de la société, fussent soumises au même droit de mutation que les biens qu'elles représentent. Cela a certainement gêné de nombreuses petites combinaisons, mais cette nouvelle disposition législative n'enlève pas à notre avis tout intérêt à l'opération. Rares, en effet, sont les ventes de fonds de commerce conclues contre un paiement exclusivement comptant et dans beaucoup de cas le terme consenti à l'acquéreur pour se libérer excède deux ans. L'apporteur d'un fonds de commerce, qui procédera dorénavant comme dit ci-dessus, réalisera une vente, dont le prix ne sera exigible que deux ans plus tard, mais cette vente aura néanmoins échappé à une forte proportion des droits de mutation.

4. — D'autre part, un patrimoine composé de valeurs mobilières est d'une transmission combien plus facile que celui qui comprend notamment des immeubles ou des fonds de commerce. Aussi l'élévation considérable du taux des droits de mutation

(1) Il y a toutefois lieu de signaler qu'en procédant à un apport en société pour éviter le paiement des droits de mutation plus élevés, auxquels donnerait ouverture une vente, l'auteur de l'apport se prive du bénéfice des privilèges que la loi accorde au vendeur.

par décès n'est-elle pas étrangère à cette faveur manifestée par les contribuables pour la mise en société de nombreuses entreprises. Quoi de plus simple, en effet, pour un chef de famille que de transmettre à ses enfants aux derniers jours de sa vie la propriété des actions, qu'il possède à la suite de l'apport en société de son entreprise personnelle, soit par don manuel s'il s'agit de titres au porteur, soit même, si les titres sont nominatifs, au moyen d'un transfert régulier soumis par la loi du 26 avril 1930, au droit réduit de 0,30 %. Ainsi seront évités et les lenteurs d'une liquidation de succession et surtout le paiement au fisc de sommes importantes.

Il faut également signaler qu'une autre commodité est attachée à la propriété d'actions, à savoir le droit que possède le propriétaire de les céder librement à tous tiers, car les statuts de sociétés par actions restreignant l'exercice de ce droit sont une exception, alors que dans les sociétés de personnes et aussi dans les sociétés à responsabilité limitée les cessions de parts d'intérêt à des étrangers à la société sont soumises pour leur validité au consentement des autres associés.

5. — Enfin, et ce n'est pas à notre avis la cause la moins importante, l'expérience enseigne qu'un prix fixé en actions d'apport n'est jamais aussi âprement discuté que celui qui doit être entièrement acquitté en espèces et que trop fréquents sont les cas où la valeur des droits sociaux reconnus à un apporteur accuse une disproportion incontestablement exagérée avec celle des biens par lui apportés. La société nouvellement constituée se trouve dans ces conditions vouée à une vie difficile, son actif ne correspondant pas au capital important qu'elle devra rémunérer. Mais il n'en est même pas toujours ainsi et très souvent les apports effectués par tel ou tel associé, sous l'appellation de connaissances spéciales ou techniques, de résultats de travaux ou démarches, ou encore de bénéfice de diverses conventions

passées préalablement avec certains tiers, n'ont d'apports que le nom et ne représentent aucune valeur réelle que la société puisse ensuite utiliser comme instrument de travail ou de crédit ; dans ce cas, en effet, c'est à une perte certaine que court la société.

6. — Les avantages à retirer de l'apport d'un bien en société sont donc multiples et ils expliquent suffisamment le nombre sans cesse grandissant des entreprises grandes ou petites exploitées dans le cadre d'une société par actions. D'autre part, si, parmi ces avantages, certains doivent être réputés licites, il en est d'autres qui indiscutablement sont de nature à favoriser des fraudes et même constituent de véritables fraudes.

Notre législation des sociétés par actions répond-elle, dans ses parties relatives à la réglementation des apports en nature, à tous les besoins créés par le développement de ce type de société ? C'est là l'objet de la présente étude.

Dans une première partie, nous étudierons d'une manière générale l'apport en nature ainsi que les règles applicables à l'apport suivant la nature des biens qui en font l'objet.

Une seconde partie sera consacrée aux règles à observer pour la réalisation de l'apport d'un bien effectué à une société par actions ainsi qu'aux sanctions encourues en cas d'infraction à ces règles.

Une troisième partie traitera de l'apport en nature au regard du droit fiscal.

Enfin la conclusion s'efforcera de déterminer les modifications qu'il pourrait paraître utile d'apporter aux textes actuellement en vigueur.

PREMIÈRE PARTIE

DE L'APPORT EN NATURE

CHAPITRE I

Généralités sur l'Apport en nature

7. — Aux termes de l'article 1832 du Code Civil, « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter », et dans son deuxième alinéa l'article 1833 du même code ajoute que « chaque associé doit y apporter ou de l'argent ou d'autres biens ou son industrie ». Tels sont les textes imposant à tous les membres d'une société quelle qu'elle soit l'obligation absolue de contribuer chacun pour une part, au moyen de la mise en commun de certains biens désignés sous le nom d'apports, à la formation du fonds ou capital social, dont l'exploitation et la mise en valeur constituent l'objet de la société.

SECTION 1

Définition et Nature Juridique de l'Apport en nature

8. — A) *Définition.* — Des termes de l'article 1833 il résulte que les apports des associés peuvent consister en biens de nature très différente, puisque ceux-ci peuvent être, soit de l'argent, soit d'autres biens, soit même le travail ou les capacités spéciales d'un associé. Ainsi peuvent faire l'objet d'un apport en société, un immeuble, un fonds de commerce, une concession administrative, une créance, un brevet d'invention, etc... C'est à ces biens de nature différente et ne consistant pas en argent que l'on a réservé l'appellation d'apports en nature.

Nous n'examinerons pas ici quelles sont les règles spéciales à observer pour réaliser, en égard à la nature des biens, l'apport en société de ces divers biens ; cela fera l'objet d'un des chapitres suivants. Cependant il nous paraît utile dès le début de cette étude de préciser quelles conditions indispensables doivent réunir les biens qui peuvent faire l'objet d'un apport en société.

Ainsi que nous le verrons, l'apport d'un bien quelconque en société opère, tout au moins en droit civil, une transmission de propriété de la tête de l'apporteur au profit de l'être moral société, la personnalité juridique ayant toujours été dans notre droit français reconnue aux sociétés commerciales (1). De cet effet de l'apport il est permis de déduire qu'au moins à certains points de vue les biens apportés en société doivent réunir diverses des conditions qu'ils devraient remplir pour faire l'objet d'une vente valable, sans cependant assimiler d'une fa-

(1) Paul Pont. Commentaire-Traité des Sociétés Civiles et Commerciales. 2 vol. in-8°. Paris (1872-1880) N° 124.

son complète l'apport en société à la vente, ces actes juridiques présentant certaines différences qui seront examinées ultérieurement.

9. — a). — Il sera donc nécessaire que le bien faisant l'objet de l'apport soit une chose dans le commerce, c'est-à-dire puisse être acheté ou vendu. Ainsi une société pourra recevoir à titre d'apports un immeuble, un fonds de commerce, une concession de chemins de fer, de travaux publics ou de mines, un brevet d'invention ou le droit d'exploiter ledit brevet, une marque de fabrique, un droit incorporel (créance, droit au bail, etc...). Cette énumération n'est nullement limitative et nombreux sont les autres biens susceptibles d'être apportés en société.

De ce que le bien apporté doit être une chose dans le commerce, il faut admettre que l'apport en travail ou en industrie doit être considéré comme licite ; c'est d'ailleurs la règle posée par l'article 1847 du Code Civil ; de même il peut être fait valablement apport des connaissances spéciales ou techniques que possède l'apporteur. Toutefois en ce qui concerne ces apports, il y a lieu de faire quelques réserves quant au mode de rémunération, lequel sera étudié ultérieurement.

Toujours pour la même raison, rien ne s'oppose à ce qu'un industriel ou un commerçant fasse apport à une société en formation de son crédit commercial, c'est-à-dire de sa réputation, de son influence et de la confiance qu'il inspire dans les milieux où la société devra exercer son activité. Il n'en serait cependant pas de même s'il s'agissait du crédit d'un homme politique ou de l'influence que l'on peut retirer de l'exercice de certaines fonctions publiques. En effet, si de telles pratiques étaient admises, s'il était par exemple loisible à un fonctionnaire de mettre en société la puissance souvent considérable, qu'il ne doit qu'à ses seules fonctions, on aurait plus

que jamais à déplorer d'inadmissibles différences de traitement à l'égard de personnes cependant égales aux yeux de la loi et il s'ensuivrait de plus que des activités devant s'exercer uniquement dans l'intérêt de tous se trouveraient détournées au profit seulement de quelques privilégiés. De plus le crédit politique ou l'influence inhérente aux fonctions publiques doivent être considérées comme hors du commerce. C'était d'ailleurs déjà l'avis de Pothier, qui dans son « Contrat de société » (N° 10) écrivait qu'un tel apport serait « contraire à l'honnêteté publique et aux bonnes mœurs ».

Il n'y a pas d'ailleurs que les choses présentes qui peuvent faire l'objet d'un apport en société ; les choses futures en sont également susceptibles. En effet, elles sont dans le commerce, puisqu'aux termes de l'article 1130 du Code Civil, elles « peuvent être l'objet d'une obligation ». La vente à terme, notamment la vente à livrer, n'est qu'une application combien fréquente de ce principe et c'est ainsi que par exemple un marché de fournitures, dont les marchandises, qui en forment l'objet, n'existeront que plus tard, peut valablement constituer l'apport d'un associé. Cette règle toutefois subit une exception mentionnée par l'article 1130 lui-même et que l'on retrouve à l'article 1600 dans le titre de la vente. C'est la prohibition absolue d'apporter à une société le bénéfice à retirer éventuellement de la succession d'une personne vivante, même avec le consentement de cette personne. Tous les motifs, invoqués à l'appui de la règle prohibant les pactes sur succession future, valent pour le cas particulier d'un apport en société ; mais il faut indiquer de plus que, dans ce cas spécial, il serait impossible de déterminer d'une façon précise la valeur de cet apport (une succession pouvant représenter une fortune ou être égale à zéro) et nous verrons que c'est là une des conditions que doit remplir le bien faisant l'objet de l'apport.

10. — Il reste maintenant à examiner quels sont les biens qui, se trouvant hors du commerce, ne peuvent valablement faire l'objet d'un apport en société, pas plus d'ailleurs qu'ils ne pourraient, au moins pour la plupart d'entre eux, faire l'objet d'une vente. Abstraction faite des droits résultant de l'état des personnes, qui non seulement au point de vue juridique, mais encore dans le domaine de l'application pratique, ne pourraient être apportés en société, il y a lieu de mentionner les droits attachés à la personne de leur titulaire et qui ne peuvent être cédés à autrui : tels sont par exemple les pensions alimentaires incessibles et insaisissables et les droits personnels d'usage et d'habitation.

11. — Pour d'autres biens l'impossibilité d'être mis en société résulte de prohibitions particulières basées sur des motifs d'ordre public ou édictées par des lois spéciales : c'est ainsi que l'ordre public s'oppose à ce que les charges des officiers ministériels, avoués, notaires, huissiers, commissaires-priseurs, puissent être exploitées pour le compte d'une société formée entre le titulaire de la charge et des bailleurs de fonds ; les offices ministériels ne peuvent donc faire l'objet d'un apport en société. Cependant, objectera-t-on, la libre cession à titre onéreux de ces charges publiques existe et ces cessions ont même été frappées par le législateur d'un impôt qui leur est propre ; elles sont donc reconnues valables ; pourquoi un bien susceptible d'être vendu librement ne pourrait-il licitement être mis en société ? Il faut tout d'abord remarquer que la cession des offices ministériels comprend deux éléments, à savoir l'office proprement dit d'une part et le « droit de présentation », d'autre part ; or, tandis que l'office qui consiste en une délégation partielle de la puissance publique, est hors du commerce, le « droit de présentation » par contre, qui a été rétabli par l'article 91 de la loi du 26 avril 1816 et que l'on peut assi-

miler à la « finance » des offices vénaux de l'ancien régime, fait partie intégrante du patrimoine du titulaire de la charge et peut en conséquence faire juridiquement l'objet d'une cession valable, à la condition que le cessionnaire soit le successeur présumé du cédant ; le successeur d'un avoué ou d'un notaire n'achète pas au pouvoir exécutif sa nomination à une charge publique, il indemnise seulement son prédécesseur de la valeur du « droit de présentation » qui figurait dans le patrimoine de celui-ci. C'est donc bien le « droit de présentation » qui peut être vendu et non pas la charge elle-même. Si cependant une telle charge ne peut être exploitée par une société, cela est dû à ce que le gouvernement désire que les titulaires d'offices ministériels, seuls détenteurs de la puissance publique partielle que leur confère leur nomination et seuls responsables devant la loi des fautes qu'ils pourraient commettre dans l'exercice de leurs fonctions, n'aient pas à subir de pressions extérieures ou d'influences étrangères que la présence d'associés serait parfois de nature à leur imposer. Cette prohibition ne résulte à la vérité d'aucun texte législatif ; elle a été de tous temps sous l'empire de notre Code Civil considérée comme conforme à l'ordre public et la seule exception qui y a été apportée a dû faire l'objet d'une disposition spéciale contenue dans la loi du 4 juillet 1862 (art. 75 Cod. Com.) ; cette exception concerne les agents de change près des Bourses pourvues d'un Parquet, qui peuvent « s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés », à la condition que le titulaire de la charge « soit propriétaire en son nom personnel du quart au moins de la somme représentant le prix de l'office et le montant du cautionnement ». Cette disposition exceptionnelle confirme la prohibition qui frappe les autres offices ministériels.

12. — Il y a également lieu de mentionner une jurisprudence à peu près constante, qui déclare nulles pour objet illicite

les sociétés formées pour l'exploitation soit d'une officine de pharmacien, ou d'un cabinet de médecin, au moins lorsque ces sociétés comprennent parmi leurs membres des associés non pourvus des diplômes requis par la loi pour l'exercice de la profession correspondante ; (Cass, 22 avril 1880. S. 80.1.434). Cette jurisprudence doit être approuvée. En vain, objecterait-on, qu'il suffit que les associés chargés de la gestion de la société, c'est-à-dire les gérants dans la société en commandite par actions et les administrateurs dans la société anonyme, soient titulaires des diplômes universitaires prescrits ; une telle tolérance ne serait pas sans danger. En effet, ces professions sont soumises à l'observation de règles précises et déterminées, qu'ignoreraient les actionnaires étrangers à la profession composant les assemblées générales et il serait à craindre que l'influence exercée, dans un but uniquement intéressé, par ces collectivités sur les gérants ou administrateurs n'amènât ceux-ci à enfreindre les règles qu'ils sont tenus d'observer, et n'entravât la complète liberté, dont ils doivent disposer pour faire face aux conséquences de la responsabilité personnelle et exclusive, sous laquelle le législateur a entendu que leur profession fût exercée.

D'autre part, spécialement pour les sociétés anonymes, il y a lieu de remarquer que les administrateurs, simples mandataires des actionnaires, sont comme tels révocables *ad nutum*, qu'ils peuvent également démissionner, et qu'en conséquence il serait parfois impossible de pourvoir au remplacement des administrateurs révoqués ou démissionnaires, dans le cas où aucun actionnaire ne posséderait le diplôme exigé.

Enfin, il est également vrai que ces prohibitions ne résultent pas de pures innovations jurisprudentielles : l'interdiction de l'apport d'une officine de pharmacie en société s'appuie, notamment d'après un des derniers arrêts de la Chambre Civile

de la Cour de Cassation rendus en la matière, sur les textes combinés de la déclaration royale du 25 avril 1777, que la Cour Suprême considère comme encore en vigueur, et de l'article 25 de la loi du 21 Germinal An XI, et desquels elle déduit que nul ne peut gérer une officine s'il n'en est propriétaire. (Cass. 22 mai 1913. S. 1913.1.292). Cette jurisprudence a été combattue par certains auteurs (1), car, dit l'un d'eux, « il est au moins douteux que les textes législatifs qu'elle invoque contiennent l'énonciation du principe « pas de gérance sans « propriété » et qu'il faille y voir autre chose que l'interdiction aux pharmaciens, alors investis du privilège royal, de céder ce privilège essentiellement personnel » (2).

Il est difficile d'admettre cette critique si l'on se reporte au texte exact de la déclaration de 1777 visé par l'arrêt de la Chambre Civile du 22 mai 1913 et ainsi conçu : « Art. 2. — Les « dits privilégiés, titulaires de charges, et qui à ce titre « sont réunis, ne pourront se qualifier de maîtres en pharmacie et avoir laboratoire et officine à Paris, que tant « qu'ils posséderont et exerceront personnellement leurs « charges : toute location, cession de privilège étant et demeurant interdite à l'avenir sous quelque prétexte et à quelque « titre que ce soit ». Non seulement la cession du privilège est prohibée, mais il est formellement dit qu'ils ne pourront avoir laboratoire et officine qu'aux deux conditions indivisibles : être propriétaires de leur charge et exercer la profession par eux-mêmes. Il faut d'ailleurs ajouter, ce qui constitue une preuve indirecte de la conformité des décisions de la Cour de Cassation aux textes législatifs actuellement encore en vigueur,

(1) Hémard. Théorie et pratique des nullités de société et des sociétés de fait. 2^{me} Edit. in-8°. Paris, 1926, n° 56 et s. P. Pic. Des Sociétés Commerciales. 1^{re} Edit. n° 434.

(2) Houpin et Bosvieux. Traité général théorique et pratique des Sociétés Civiles et Commerciales et des Associations. 5^e Edit. 3 vol. gr. in-8° Paris, 1921. Tome 1. page 94, note 9.

qu'une proposition de loi sur l'exercice de la pharmacie votée par le Sénat le 27 décembre 1894 autorise l'association pour l'exploitation d'une officine, si elle est faite sous forme de société en nom collectif entre pharmaciens diplômés ou de commandite simple, dont les commandités sont pourvus du diplôme de pharmacien ; cette proposition de loi permet aussi l'exploitation d'une entreprise ayant pour objet la fabrication et la vente en gros de produits pharmaceutiques, soit par une société en nom collectif, dont un des membres au moins est diplômé, soit par une société en commandite simple ou par actions dont un des gérants est diplômé ; seule la société anonyme reste prosaite, vraisemblablement pour le motif que nous avons indiqué plus haut, c'est-à-dire la facilité avec laquelle un administrateur peut soit démissionner, soit être révoqué (1).

13. — En ce qui concerne les cabinets de médecin, le texte législatif à faire intervenir nous paraît être le dernier alinéa de l'article 9 de la loi du 30 novembre 1892, qui interdit d'exercer sous un pseudonyme les professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme.

14. — Enfin, diverses lois particulières ont pour des motifs très variés prohibé la vente et, par voie de conséquence, l'apport en société de certains biens. Il y a notamment lieu de citer la loi du 21 Germinal An XI, qui a interdit la vente des remèdes secrets, l'article 13 de la loi du 21 juillet 1881 et la loi du 31 juillet 1895 prohibant les opérations commerciales relatives aux animaux atteints ou simplement soupçonnés d'être atteints de maladies contagieuses, la loi du 30 mars 1887, ayant réglementé les aliénations d'objets classés comme monuments historiques.

(1) Voir Journal des Sociétés, 1897-298.

15. — b). — Mais le fait d'être une chose dans le commerce, appréciable en argent, ne constitue pas la seule condition requise des biens susceptibles de faire l'objet d'un apport en société, il faut encore que ces biens soient déterminés. En effet, aux termes de l'article 1845 du Code Civil, « chaque associé « est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y « apporter » ; or, pour avoir sa valeur juridique entière, l'obligation de l'apporteur doit être certaine ; en d'autres termes la créance que possède la société doit être liquide pour pouvoir être sanctionnée par les tribunaux : le bien faisant l'objet de l'apport doit donc être déterminé. Cela toutefois ne signifie pas qu'il doive représenter une valeur marchande précise et invariable ; non, il suffit que les apports puissent être appréciés en argent, même sous réserves de circonstances futures qui pourront par la suite en modifier la valeur. C'est ainsi que par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 7 janvier 1900 (Cass. req. 3 janvier 1900. S. 1901-1-321 et note de M. Wahl), la Cour de Cassation a décidé que l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 ne s'opposait pas à ce qu'il fût fait apport à une société par actions de l'actif et du passif d'une précédente société, bien que, en raison des chances de gain ou de perte que comportait cet apport, il ne fût pas possible de l'évaluer autrement qu'à forfait ; ici, en effet, l'apport est déterminé puisqu'il s'agit de l'actif et du passif d'une société dénommée mais, par suite de sa nature, il ne peut être estimé qu'approximativement. C'est ainsi encore qu'une créance, qui ne vaut que selon la solvabilité du débiteur, sera appréciée eu égard à cette solvabilité et qu'un marché commercial verra fixer sa valeur d'après l'importance des gains qu'il est susceptible de procurer à son bénéficiaire. Il suffira donc que, pour les choses de genre, la quantité soit indiquée et que les autres biens soient individualisés et désignés avec assez de précision, pour qu'aucun doute ne puisse subsister sur les choses dont l'associé est débiteur envers la société

16. — c). — Enfin, pour qu'il y ait juridiquement apport en société, il est nécessaire que la rémunération accordée à l'apporteur en représentation des apports effectués consiste en l'attribution de droits sociaux lui allouant une certaine part dans les bénéfices de la société, c'est-à-dire que cette rémunération doit être subordonnée, quant à son efficacité, à la réussite et à la prospérité de l'entreprise formant l'objet de la société. En effet, aux termes de l'article 1892 du Code Civil, une des conditions indispensables à la formation régulière du contrat de société doit être la recherche d'un bénéfice à partager ; or, si l'apporteur recevait pour prix de son apport une valeur quelle qu'elle soit soustraite aux risques de l'entreprise commune, l'acte juridique réalisé, deviendrait, suivant les cas, soit une vente, soit un autre contrat, mais il n'y aurait pas de société.

17. — Nous pouvons donc définir l'apport en nature effectué à une société : la mise en société d'un bien quelconque, autre que de l'argent, mais appréciable en argent, moyennant l'attribution de droits sociaux permettant de participer aux bénéfices futurs que réalisera la société.

18. — B) *Nature juridique et effets.* — L'accord réalisé entre les parties, quant à la chose qui doit faire l'objet de l'apport et quant au mode de rémunération de cet apport, fait naître à charge de chacune d'elles diverses obligations : l'apporteur doit dans les formes et le délai prévus réaliser l'apport, dont il est débiteur vis-à-vis de la société, et la société est tenue dès ce moment de reconnaître à l'apporteur dans la proportion convenue la part de bénéfices correspondant à ses droits sociaux. Cette convention d'apport, qui fait naître à l'égard de chaque partie des obligations, est donc un contrat (art. 1101. Cod. Civil).

C'est un contrat consensuel (1), synallagmatique, à titre onéreux et commutatif. Cette dernière qualité n'est pas unanimement reconnue par les auteurs au contrat d'apport : on a voulu parfois le considérer comme étant tout à la fois commutatif et aléatoire (2), parfois ces deux caractères lui ont été déniés (3). Si cependant nous considérons les termes précis de l'art. 1104 du Code Civil, nous ne pensons pas pouvoir refuser au contrat d'apport ce caractère commutatif ; en effet, il y a contrat commutatif « lorsque chacune des parties s'engage à « donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle ». Or, telle est bien la situation respective des parties dans le contrat d'apport, l'apporteur considérant comme l'équivalent du bien, dont il fait abandon à la société, la part de droits sociaux qui lui a été attribuée par les statuts.

19. — En tant que contrat, le contrat d'apport est soumis à toutes les conditions d'existence et de validité qui régissent les conventions en général et relatives au consentement des parties, à leur capacité ainsi qu'à un objet et une cause licites. Les vices du consentement devant être étudiés plus loin et l'objet du contrat ayant été examiné ci-dessus, nous nous bornerons à quelques points particuliers ayant trait à la capacité des parties.

(1) Nous estimons avec la majorité de la doctrine, en raison de la règle « pas de nullité sans texte », que la rédaction d'un acte écrit n'est pas requis pour l'existence même des sociétés commerciales ; l'acte n'est prescrit dans cette opinion qu'*ad probationem et non ad solemnitatem*. (Sic : F. Arthuys. Traité des Sociétés Commerciales, 2 v. in-8°, Paris, 2° édit. 1906, n° 227 ; Ch. Lyon-Caen et L. Renault, Traité de droit commercial, 4° édit. Paris, 1908-09, tome II en 2 vol. in-8° in° 171 ; Pic. op. cit., n° 237 ; Hénard, op. cit. n° 133. Contra : Pont, op. cit. n° 1110 ; Houpin et Bosvieux, op. cit. n° 105). La jurisprudence au contraire considère que l'acte écrit est exigé pour la validité même du contrat de Société.

(2) Bravard-Veyrières. Man. de Droit Com. in-8°, Paris, p. 43.

(3) Pont. op. cit. n° 12.

20. — a). — Le droit commun est ici applicable et toute personne capable de s'obliger peut effectuer un apport en société. Seuls sont exclus les incapables désignés par l'art. 1124 du Code Civil.

Le mineur non émancipé est absolument incapable de faire apport à une société d'un bien lui appartenant et dans le cas où un tel acte juridique devient utile dans l'intérêt du mineur, il est nécessaire d'observer les formes établies par la loi pour la protection de l'incapable. En raison des prescriptions de l'art. 452 du Code Civil le mineur possède en général peu de biens mobiliers corporels, mais son patrimoine peut comprendre des valeurs mobilières, des créances, un fonds de commerce, un brevet d'invention, etc... L'apport de ces biens en société devra toujours être autorisé par le Conseil de famille, dont la décision sera ou non soumise à l'homologation du tribunal, suivant que la valeur des biens apportés sera supérieure ou inférieure à la somme de 1500 francs (loi du 27 février 1880, art. 2).

En ce qui concerne les immeubles, ceux qui appartiennent à un mineur ne peuvent être vendus, aux termes de l'art. 459 du Code Civil, qu'aux enchères, en présence du subrogé-tuteur et après l'accomplissement de diverses formes de publicité prescrites par le même article. En droit civil, l'apport en société constitue, au même titre que la vente, une aliénation et la question suivante s'est alors posée : fallait-il observer pour l'apport à une société des biens immeubles appartenant à un mineur les mêmes formalités que celles qui doivent présider à la vente de ces biens ? Elle doit être, à notre avis, résolue par la négative. L'apport en société, en effet, n'est pas une vente : les prescriptions de l'art. 459 constituent des mesures exceptionnelles édictées à l'égard de certains biens et de certains actes juridiques et toute exception doit être interprétée restrictivement. C'est d'ailleurs ainsi que se prononce la jurisprudence d'une façon à peu près constante. (Riom. 2 mai 1907, J. S., 1908-18 ; Trib.

Versailles, 31 juillet 1913, Revue du notariat, 1913-789 ; Paris, 30 juillet 1925, Rev. Soc., octobre 1926). Un arrêt de la Cour de Paris du 27 février 1913 (Rev. du not. 1913-788) a cependant refusé d'homologuer la délibération du Conseil de famille autorisant le tuteur à faire apport à une société d'immeubles, que le mineur possédait indivisément avec des tiers, mais cet arrêt motive sa décision par le fait que la société envisagée avait pour objet la réalisation des immeubles et la Cour a estimé que cette réalisation ne présentait aucun caractère de nécessité, pas plus qu'un avantage évident pour le patrimoine du mineur. Toutefois, à titre de garantie supplémentaire pour les mineurs, l'arrêt précité de la Cour de Paris du 30 juillet 1925 a décidé, (bien que dans le cas particulier de cet arrêt l'hypothèque légale des mineurs dût continuer à grever les immeubles apportés en société, puisqu'il s'agissait d'immeubles indivis entre un père et ses enfants majeurs et mineurs), que le nombre des actions d'apport à attribuer aux apporteurs serait déterminé nominativement et proportionnellement aux droits de chacun d'eux dans la propriété indivise. Enfin il y a lieu de remarquer que les formes de l'art. 459 ne peuvent être écartées qu'au cas où il s'agit de biens immeubles formant en totalité l'objet d'un apport pur et simple, c'est-à-dire rémunéré uniquement au moyen de l'attribution de droits sociaux ; si cet apport devait, même dans une proportion minime, avoir comme contrepartie la remise aux apporteurs soit d'espèces, soit d'autres biens, il deviendrait un apport mixte, c'est-à-dire une vente pour la part de l'apport rémunéré autrement qu'en droits sociaux et l'opération ne pourrait alors être effectuée.

21. — Indiquons de suite qu'en raison des termes de l'art. 509 du Code Civil les règles régissant l'apport en société de biens appartenant à des mineurs doivent être appliquées aux interdits.

22. — En ce qui concerne le mineur émancipé, les mêmes règles devront être observées quant à l'apport de ses immeubles, vu le texte formel de l'article 484. Toutefois pour ses meubles il y a lieu de faire une distinction : si le mineur a été émancipé au cours de la tutelle, les règles de l'art. 4 de la loi du 27 février 1880 lui sont applicables et sa situation ne sera pas différente de celle d'un mineur non émancipé ; si au contraire, l'émancipation est l'effet d'un mariage ou l'œuvre du père avant l'ouverture de la tutelle, il pourra disposer de ses biens mobiliers et par conséquent en faire apport à une société avec la seule assistance de son curateur ; nous nous plaçons, en effet, dans l'hypothèse la plus vraisemblable et la seule qui soit dans le cadre de notre sujet où l'apport sera fourni par un prélèvement sur les biens formant le capital des mineurs, car le fait par un émancipé d'acquérir avec une partie de ses revenus quelques actions d'une société constitue un acte de pure administration, qu'il peut accomplir seul. Cependant si l'apport effectué par le mineur émancipé devait avoir pour conséquence de le faire entrer comme commandité, c'est-à-dire comme associé responsable, dans une société en commandite par actions, il faudrait qu'auparavant toutes les formalités prescrites par l'art. 2 du Code de Commerce eussent été remplies.

23. — Quant à l'individu majeur pourvu d'un conseil judiciaire auquel l'art. 513 du Code Civil refuse le pouvoir de procéder seul à l'aliénation de ses biens, on doit décider que l'apport en société effectué par lui ne sera valable que s'il a été réalisé avec l'assistance du conseil.

24. — La même question de capacité se pose également pour la femme mariée, mais elle ne saurait être résolue d'une façon générale, le régime matrimonial intervenant pour restreindre ou augmenter la capacité de la femme. Celle-ci est-elle mariée sous le régime de la communauté légale ou sous le régime exclusif

de communauté, elle ne possède alors l'administration et la jouissance d'aucun bien, dont dispose seul le mari et dans ce cas la validité de l'apport par la femme d'un bien quelconque en société se trouve subordonnée à l'autorisation maritale. Pour la femme mariée sous le régime dotal, certaines distinctions sont nécessaires : si la femme s'est constitué en dot tous ses biens et que le contrat de mariage ne contienne aucune clause permettant leur aliénation, le grand principe de l'inaliénabilité de la dot conserve tout son effet et même avec l'autorisation du mari, l'apport en société d'un bien faisant partie intégrante de la dot est impossible ; par contre si les biens dotaux peuvent être aliénés aux termes du contrat de mariage, l'apport en société d'un de ces biens sera possible, sous réserve de l'assentiment du mari ; enfin pour les biens non constitués en dot, dits « paraphernaux », la femme dotale est réputée jouir de la capacité dont dispose la femme séparée de biens et qui va être examinée maintenant.

En ce qui concerne les immeubles, la femme séparée ou non ne peut les aliéner sans l'autorisation de son mari ou de justice (art. 1449 Cod. Civil) ; l'apport en société, qui, en droit civil constitue une aliénation, se trouve en conséquence soumis à la même condition. Par contre, la question des meubles est plus délicate : la presque unanimité de la doctrine, considérant l'antithèse existant entre les alinéas 2 et 3 de l'art. 1449 du Code Civil, permet à la femme d'aliéner librement ses meubles corporels ou incorporels. Il nous paraît cependant difficile de pouvoir concilier cette théorie avec le texte de l'article 217, aux termes duquel « la femme, même non commune ou séparée de biens, « ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit « ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. » Dans son *Traité élémentaire de Droit Civil* (9^e Edition, Tome I, N^o 932), M. le Professeur Planiol indique bien : « Il existe une situation normale pour les femmes

« mariées : c'est celle qui est décrite par la loi dans les art. 215 à 226 et qui s'applique aux femmes mariées sous le régime de « la communauté. » Mais, malgré toute l'admiration que nous éprouvons pour l'éminent juriste, nous ne pouvons admettre cette explication, alors que le texte visé a pris soin de préciser que ses prescriptions devaient s'étendre à la femme même non commune ou séparée de biens. La jurisprudence a procédé autrement : au lieu d'opposer les alinéas 2 et 3 de l'article 1449, elle a rapproché l'alinéa 2 du premier alinéa accordant à la femme séparée la libre administration de ses biens et elle a conclu que l'aliénation de ses biens mobiliers ne lui était permise qu'autant qu'elle rentrait dans le cadre de cette administration. Avec cette interprétation disparaît l'antagonisme existant entre les art. 217 et 1449 dans la théorie de la doctrine ; nous ne sommes plus en présence de deux textes contraires, mais bien d'un texte posant un principe général et d'un autre texte apportant une modification de détail au principe général. Nous rangeant à l'opinion de la jurisprudence, nous concluons que la femme séparée de biens ne pourra en général faire seule apport d'un de ses biens mobiliers à une société, un tel acte constituant toujours une aliénation que rendra bien rarement nécessaire la simple administration de son patrimoine.

Deux cas spéciaux doivent enfin être signalés : tout d'abord celui de la femme commerçante, qui jouit d'une capacité presque entière tant sur ses biens meubles que sur ses immeubles, quand il s'agit des besoins de son commerce, et ensuite celui de la femme disposant, conformément aux dispositions de la loi du 13 juillet 1907, des biens qu'elle a acquis par son travail personnel. Dans ces deux hypothèses, la femme pourra librement apporter un quelconque de ses biens en société. Toutefois, il y a lieu d'indiquer que dans tous les cas, même dans les deux derniers, une autorisation du mari sera nécessaire à la femme, en dehors du consentement donné par lui à l'aliénation réalisée sous forme

d'apport, pour lui permettre de contracter une société avec des tiers. Cette autorisation n'est exigée par aucun texte, mais ce sont des raisons de convenances qui la font unanimement considérer comme nécessaire.

La femme séparée de corps, jouissant depuis la loi du 6 février 1893 de sa pleine capacité civile, n'aura besoin d'aucune autorisation pour procéder à un apport en société.

25. — Nous terminerons ces quelques lignes sur la capacité requise des parties par l'indication de la situation où se trouvent les commerçants déclarés en état de faillite ou admis au bénéfice de la liquidation judiciaire. Par l'effet du jugement déclaratif, le failli n'a pas perdu la capacité de contracter et de s'obliger, car le dessaisissement n'a frappé que ses biens qu'il a rendus indisponibles ; il pourrait donc faire apport valablement de son travail ou de son industrie à une société, à la condition qu'il ne puisse en résulter aucun dommage pour la masse de ses créanciers. Quoique le dessaisissement ne résulte pas du jugement prononçant la liquidation judiciaire, le commerçant, objet d'un tel jugement, sera cependant dans une situation à peu près identique à celle d'un failli ; en effet, le 2^e alinéa de l'article 5 de la loi du 4 mars 1889 lui interdit d'aliéner tout ou partie de son actif ; il ne pourra donc lui aussi faire apport à une société que de son industrie.

26. — b). — Le contrat d'apport ayant été conclu entre personnes capables et réunissant les diverses conditions d'absence de vices du consentement ainsi que de licéité d'objet et de cause, il s'agit d'indiquer brièvement quels vont en être les effets. Ceux-ci sont différents selon qu'on les examine sur le plan du droit civil ou sur celui du droit fiscal.

α) En droit civil, l'apport en société constitue une aliénation définitive du bien apporté et en conséquence opère une mutation

de la tête de l'apporteur sur celle de l'être moral société bénéficiaire de l'apport (1) et considérée comme une personne juridique différente de celles des associés. L'objet de l'apport ne se trouve pas indivis entre les divers membres composant la société, il est devenu propriété de l'être moral auquel a donné naissance la constitution de la société. Cette solution est généralement admise, tout au moins pour les sociétés commerciales : il en résulte notamment que le bien apporté est soustrait au droit de gage général de l'art. 2092 du Code Civil des créanciers personnels de l'apporteur et va désormais constituer le gage des créanciers de la société ; que les droits sociaux reconnus à l'apporteur sont considérés par la loi comme des meubles (art. 529, C. Civ.), même si l'actif de la société est en majeure partie ou en totalité composé d'immeubles ; enfin, qu'aucune compensation n'est possible entre une créance de la société sur un tiers, et celle que ce tiers posséderait contre un des associés.

Nous ne mentionnerons pas ici en détail les effets de l'apport en droit civil, ceux-ci devant faire l'objet d'une étude plus complète à l'occasion de l'examen des diverses modalités que peut revêtir l'apport en nature.

27. — β) Par contre, cette mutation de propriété s'opérant à l'occasion de l'apport d'un bien en société n'est pas reconnue par notre droit fiscal, qui a toujours soumis les actes de société tout d'abord à un droit fixe (L. du 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, 4°), puis à un droit gradué (Loi du 28 février 1872, art. 1, 1°) et enfin à un droit proportionnel réduit actuellement fixé à 3 % décimes compris (L. 28 avril 1893, art. 19. L. du 29 juin 1918, art. 15. L. du 13 juillet 1925, art. 40). Nous ne dirons rien ici ni des motifs pour lesquels l'apport en société jouit de l'exemption du droit de mutation ordinaire, ni de la façon dont

(1) V. en sens contraire. Pierre Bayart. Les apports en société et le privilège du Trésor en matière de contribution extraordinaire. J. S. février et mars 1923.

s'opère la perception des droits exigibles, tant à la constitution qu'à la dissolution de la société, cette matière nous paraissant suffisamment importante pour faire l'objet d'une autre partie de cette étude.

SECTION 2

Modalités de l'Apport

28. — Ainsi que nous l'avons vu à la fin de la section précédente, il s'opère en droit civil au moyen de l'apport une transmission de propriété de l'apporteur à la société. Cependant, le contrat d'apport n'a pas toujours pour résultat de faire invariablement acquérir à la société la propriété de la chose apportée ; en effectuant l'apport on peut s'en réserver la propriété et ne concéder sur son objet que des droits de jouissance ou d'usufruit. La présente section va être consacrée aux effets du contrat d'apport suivant que la société devient ou propriétaire ou usufruitière ou simplement concessionnaire d'un droit de jouissance sur la chose apportée.

29. — A) *Apport en propriété.* — Dans la majorité des cas, l'apport est fait en pleine propriété à la société ; c'est donc dans cette hypothèse que nous nous placerons en premier lieu. En raison de son caractère translatif, l'apport en société peut être assimilé quant à la plupart de ses effets à une vente ; c'est ainsi que la nature consensuelle de ce contrat opérera à l'égard des parties la transmission de la propriété par le seul fait de la convention ; le transfert sera donc opéré dès la constitution définitive de la société, soit, pour les sociétés visées par cette étude, dès la tenue de la seconde assemblée générale constitutive. Ce principe général s'appliquera à tous les apports d'un corps cer-

tain, meuble ou immeuble ; par contre si l'apport consistait en choses de genre, la société n'en deviendrait propriétaire qu'à compter du moment où elles seront individualisées, ou encore dès la tradition qui lui en aura été faite. A l'égard des tiers, et selon le droit commun, le seul consentement ne sera pas toujours suffisant pour réaliser le transfert, sauf en matière de meubles où la société sera en général protégée par l'application de la règle de l'art. 2279 du Code civil ; c'est ainsi que pour des immeubles, la société ne verra son droit de propriété consolidé à l'égard de tous, qu'après qu'elle aura accompli les diverses formalités prescrites par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription ; s'il s'agit de créances, elle devra, pour être saisie à l'égard des tiers, signifier au débiteur cédé la cession dont elle est bénéficiaire, à moins que celui-ci n'ait déclaré auparavant dans un acte authentique accepter cette cession.

La propriété de l'objet des apports ayant ainsi été transférée, l'associé perd tous droits sur sa chose et ne pourrait prétendre la prélever à son profit sur le fonds social, même si elle existait encore en nature lors de la dissolution de la société. Dans son patrimoine les droits sociaux, qui lui ont été attribués, ont remplacé la chose aliénée par lui et si les hasards du partage faisaient que cette chose fût mise dans son lot, il s'opérerait d'après le droit civil, une seconde mutation de propriété en sens contraire de la première.

30. — a). — Comme conséquence de la transmission de propriété ainsi effectuée apparaît la question des risques. La règle : *res perit domino* devra recevoir ici son application ; si donc l'objet de l'apport est un corps certain, c'est la société devenue propriétaire dès conclusion du contrat, qui aura la charge des risques, l'associé auteur de l'apport conservant l'intégralité des droits sociaux à lui reconnus par la convention des parties même au cas de perte totale ou partielle de sa mise sociale. Par

contre si l'apport consiste en choses de genre, les risques ne sont assumés par la société, qu'au moment où elle devient propriétaire par la tradition ou tout au moins par l'individualisation des biens représentant l'apport ; si donc les choses fongibles, que l'associé a promis d'apporter périssaient, avant que tradition en eût été faite à la société, les risques seraient pour cet associé, qui, en vertu de la règle : *genera non pereunt*, ne serait pas libéré de son obligation.

31. — b). — Comme la vente le contrat d'apport en société impose comme principale obligation à l'apporteur la délivrance de la chose promise par lui. Pour les règles applicables en cette matière, nous n'avons pour nous guider que l'article 1845 du Code Civil ayant trait à l'apport d'un corps certain et qui reste muet sur la question de délivrance. Il y aura donc lieu de faire intervenir ici les principes généraux contenus au titre de la vente. Aussi nous ne nous étendrons pas sur cette question nous bornant à indiquer que l'apporteur devra, comme le vendeur veiller en bon père de famille à la conservation de la chose jusqu'à sa livraison à la société (art. 1137 C. Civ.) et en effectuer la délivrance suivant les conditions de lieu, de délai, etc... convenues et conformément pour le surplus aux règles prescrites par les articles 1605 et suivants du Code civil. Il y a lieu toutefois de mentionner dès maintenant que les articles 1617 et suivants du Code civil, relatifs aux difficultés survenant par suite de l'indication d'une contenance erronée dans les ventes d'immeubles, ne doivent pas, d'après certains auteurs, être appliqués en matière d'apports immobiliers (Voir infra n° 60).

32. — A cette question de la délivrance d'un corps certain, objet d'un apport en société, se rattache celle de la propriété des fruits produits par le bien envisagé. L'art. 1845 ne s'est pas prononcé sur ce point, mais, tant par l'application des conséquences du droit de propriété transféré à la société dès la con-

clusion du contrat que par analogie avec le premier alinéa de l'art. 1614 relatif à la vente, on doit décider que les fruits appartiennent à la société dès le transfert de propriété. Il en était déjà ainsi en droit romain et Pothier lui-même (Contrat de société, n° 78) s'est prononcé dans ce sens. Mais si l'associé n'opère pas délivrance de la chose dans le délai convenu, quels seront les fruits que la société sera autorisée à lui réclamer ? Pour les fruits perçus par le débiteur, aucun doute ne peut s'élever ; il ne saurait en effet avoir des droits aux fruits d'une chose, dont il n'est plus propriétaire et dont il n'est pas possesseur régulier. Mais que décider en ce qui concerne les fruits qu'il a omis de percevoir ? Sur ce point, Pothier s'exprime ainsi : « tant que l'associé n'a pas été mis en demeure d'apporter à la société ces choses qu'il a promis d'apporter, il n'est tenu de faire raison à la société que des fruits de ces choses qu'il a perçus. Mais depuis qu'il a été mis en demeure de les y apporter, il est tenu même de ceux qu'il n'a pas perçus et que la société eut pu percevoir ; car c'est un effet de la demeure d'obliger le débiteur à indemniser son créancier de tout ce que le créancier a souffert de la demeure ». L'associé débiteur de l'apport est-il, par la seule échéance du terme, débiteur envers la société de tous les fruits produits par la chose, même de ceux qu'il n'a pas perçus, ou ne doit-il compte à la société de ces derniers, que lorsqu'il a été mis en demeure ?

L'opinion de Pothier a été suivie par une partie de la doctrine (1), mais de nombreux auteurs (2) l'ont combattue, invoquant à l'appui de leur thèse les termes de l'article 1846 qui,

(1) Duvergier, du contrat de Société, n° 152 ; Laurent, Principes du Droit Civil Français, tome XXVI, n° 250 ; G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, De la Société, du prêt, du dépôt, 3^e édit. n° 177 ; F. Arthuys, Traité des Sociétés Commerciales, n° 39.

(2) Pont, op. cit., n° 263 ; Aubry et Rau, Cours de Droit Civil Français, 4^{me} édit., t. IV., p. 554 ; L. Guillouard, Traité du contrat de société, 2^e édit., n° 184 ; Lyon-Caen et Renault, Traité de Droit Commercial, t. II en 2 v., n° 29 ; Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 69.

disent-ils, doivent être appliqués par analogie. Or l'article 1846 traite des obligations de l'associé qui devait apporter en société une somme d'argent et il décide qu'en cas de retard dans le versement des espèces promises, l'associé deviendra de plein droit *et sans demeure*, débiteur des intérêts à compter du jour où la somme devait être payée. Nous ne pensons pas que l'on puisse étendre à un cas, autre que celui visé par le législateur, une mesure qui constitue une règle d'exception. D'autre part, la règle de l'article 1846 constitue une exception à un régime déjà exceptionnel : en effet, l'article 1153 C. Civ. modifié par la loi du 7 avril 1900, prescrit qu'en matière d'obligations ayant pour objet le versement d'une somme d'argent, les intérêts « ne sont dus que du jour de la sommation de payer, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit ». Donc le régime spécial applicable aux obligations de sommes d'argent veut une mise en demeure préalable pour faire courir les intérêts ; l'article 1846 est donc bien une dérogation à ce qui constitue déjà une exception au droit commun et nous pensons que la règle qu'il pose doit être limitée strictement au cas déjà visé par lui. Nous nous rangeons donc à l'avis déjà émis par Pothier, à savoir qu'en cas de retard dans la délivrance du bien faisant l'objet de son apport, l'associé ne doit compte à la société des fruits, qu'il a omis de percevoir, que s'il a été au préalable mis en demeure d'exécuter son obligation.

Nous avons jusqu'ici raisonné dans l'hypothèse d'un apport définitif, mais si nous envisageons le cas d'un apport soumis à une condition suspensive, il y a lieu d'examiner, en cas de réalisation de la condition, quel sera le sort des fruits perçus par l'associé *pendente conditione*. Certains auteurs (1) ont contesté que la rétroactivité de la condition eût pour effet de rendre l'associé débiteur de ces fruits envers la société, s'appuyant

(1) Demolombe, Cours de Code Napoléon, Oblig. t. II, nos 400 et 401.

sur le fait que cette rétroactivité n'est qu'une fiction de la loi qui ne peut détruire la réalité des faits, et qui n'opère que sur les droits et non sur les faits. Que la rétroactivité de la condition agisse en général sur les droits, nous ne le contesterons pas, mais elle n'en a pas moins un effet indirect sur les faits, conséquences de ces droits. C'est pourquoi nous jugeons préférable d'adopter l'opinion contraire (1) conforme à l'application du droit commun : par suite de l'existence d'une condition suspensive, l'associé est censé, lors de la réalisation de la condition, n'avoir jamais eu la propriété du bien apporté dès le moment où le contrat d'apport a été conclu ; il n'a donc pu faire siens les fruits. D'ailleurs, si l'apport avait été soumis à une condition résolutoire, la société serait tenue de restituer les fruits à l'apporteur en vertu de la règle : *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* et nous n'apercevons pas la raison pour laquelle la rétroactivité de la condition agirait au cas de réalisation de la condition résolutoire et serait écartée dans l'hypothèse de la condition suspensive.

33. — Nous pensons pouvoir rattacher à cette question de la délivrance l'examen d'un cas spécial posé par l'article 1867 du Code Civil dans ses 1^{er} et ses 3^e alinéas, bien que cet article figure au code dans le chapitre où sont énoncées les différentes manières dont finit la société et que certains auteurs, l'étudient à l'occasion de la théorie des risques. Le début de cet article est ainsi conçu : « Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés ». La fin du même article énonce que : « la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société ». Cette der-

(1) En ce sens : Pont, op. cit., n° 264 ; Arthuys, op. cit., n° 39 ; Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 69.

nière partie n'est en effet que l'application pure et simple des règles de la question des risques conformément à l'adage cité plus haut : *res perit domino* ; la société est devenue régulièrement propriétaire du bien qui lui avait été promis et la perte de ce bien ne saurait avoir aucun effet sur l'existence de celle-ci. Le début de l'art. 1867 vise par contre le cas où, l'apport d'un corps certain ayant été promis à une société, les parties ont été d'accord pour différer le transfert de propriété et stipuler que ce transfert ne s'opèrerait qu'au moment de la délivrance par l'apporteur à la société. Si la chose périt avant cette délivrance, l'apporteur n'est pas libéré de son obligation, puisqu'il demeure propriétaire de la chose, et comme il s'agit par hypothèse d'un corps certain, il se trouve dans l'impossibilité de réaliser l'apport promis. Chaque associé étant soumis à l'obligation d'effectuer un apport, il ne peut plus faire partie de la société et les clauses du pacte social n'étant plus respectées, la loi prononce la dissolution de la société à l'égard de tous les associés.

34. — Il y aurait lieu maintenant d'examiner au point de vue de la délivrance les obligations de l'associé qui a promis d'apporter son industrie à la société, mais nous estimons préférable de renvoyer l'étude de cette question au chapitre dans lequel seront traitées les conditions particulières régissant les apports eu égard à la nature des biens apportés.

35. — c). — Le fait d'avoir veillé à la conservation de la chose et d'en avoir effectué la délivrance ne met pas fin aux obligations de l'apporteur, lequel est tenu de plus à garantie envers la société. L'article 1845 du Code Civil assimile à ce sujet de façon complète l'apporteur au vendeur, quoiqu'ainsi que nous le verrons toutes les règles posées par les articles 1625 et suivants ne puissent pas toujours être appliquées en matière de société, par suite de la nature différente du contrat. Néanmoins, c'est ainsi que l'apporteur, même en dehors de toute sti-

pulation spéciale, devra garantir à la société la possession paisible de la chose et l'absence de défauts cachés ou de vices rédhibitoires ; que les parties pourront par des conventions particulières étendre l'obligation de garantie ou en diminuer l'effet et même déclarer que l'apporteur ne sera tenu à aucune garantie, à l'exclusion de celle résultant d'un fait qui lui serait personnel, l'article 1628 frappant une telle clause de nullité comme contraire à l'ordre public ; que l'apporteur ne sera garant que des causes d'éviction antérieures à la conclusion du contrat ; qu'enfin il devra être mis en cause au cas où la société serait menacée d'éviction, afin que le jugement à intervenir lui soit opposable, la société devant supporter seule les conséquences de cette éviction, si l'apporteur non appelé en garantie, établissait, postérieurement au jugement la prononçant, que sa présence dans l'instance aurait eu pour effet de faire déclarer mal fondée l'action du demandeur.

36. — Supposons maintenant l'éviction un fait accompli, quels en seront les effets à l'égard des parties ? Tout d'abord tant en cas d'éviction totale que d'éviction partielle, il est généralement décidé que pour se soustraire aux conséquences qui en résultent pour lui, l'apporteur pourrait offrir à la société de lui remettre des biens absolument identiques à ceux dont elle vient d'être évincée ; nous ne nierons pas que ce ne soit là une mesure équitable, mais nous craignons qu'elle ne rencontre bien des difficultés dans son application. En effet, s'il s'agit notamment d'un immeuble dont la situation ou la distribution intérieure avaient été l'un des motifs déterminants du contrat, ou d'un fonds de commerce, ou d'un brevet, ou encore d'une concession administrative, nous n'apercevons pas comment l'apporteur pourra dans ces différents cas satisfaire aux exigences de la faculté que l'on veut bien lui reconnaître. Admettons donc qu'il ne soit pas en mesure de le faire, quelles vont

être les conséquences de l'éviction. Il a été soutenu que dans le cas d'éviction totale les intéressés avaient le choix entre la résolution de la société et une action en dommages-intérêts (1). Nous écartons immédiatement l'hypothèse où le bien, dont la société vient d'être évincée, constituerait le seul apport d'un des associés; s'il en était ainsi, nous estimons que ni l'une ni l'autre des mesures indiquées plus haut ne serait applicable, car on se trouverait simplement en face d'une société, à laquelle un des associés n'aurait effectué aucun apport et il s'ensuivrait inévitablement la nullité de cette société. D'autre part, et c'est là où nous commençons à remarquer les différences dans l'application des règles de l'éviction entre l'apport et la vente, la résolution de la société nous paraît une mesure bien radicale qui ne saurait être admise que sous réserve d'une distinction préalable. L'éviction même totale d'un bien, dont il a été fait apport à une société lors de sa constitution, ne constituera en général, relativement au fonds social considéré dans son ensemble, qu'une éviction partielle, la société demeurant propriétaire, usufruitière ou conservant la jouissance des autres apports. Ce n'est donc que dans le cas où l'éviction porterait sur un bien, dont l'absence rendrait impossible la réalisation de l'objet social, que la résolution de la société pourrait être prononcée (2); ainsi une société constituée pour l'exploitation d'un fonds de commerce ou d'un brevet d'invention et qui se verrait ultérieurement évincée de ce fonds de commerce ou de ce brevet devrait être résolue. Il y aurait, en effet, lieu dans de tels cas à l'application par analogie de la règle contenue dans l'article 1636 du Code Civil (3)

(1) Pont, op. cit., n° 269.

(2) En ce sens : Guillouard, op. cit., n° 180 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., n° 17 ; Arthuys, op. cit., n° 40 ; P. Pic, op. cit., n° 49 ; Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 70.

(3) Art. 1636. (C. Civ.) : Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eut point acheté sans la partie, dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente.

Dans tous les autres cas nous pensons que seule une demande en dommages-intérêts serait possible. La même solution doit être adoptée au cas d'éviction partielle, et, conformément au même article 1636, suivant que la société se serait ou ne se serait pas constituée, si le bien lui avait été apporté dans l'état où il se trouve après l'éviction (1). Et c'est une question de fait réservée à la souveraine appréciation des juges du fond, ainsi qu'en a décidé à diverses reprises la Chambre des requêtes de la Cour de cassation. (Req. 15 mars 1881, D. P. 82.1.421 ; Req. 21 février 1888 ; D. P. 89.1.429 ; Req. 4 février 1895 ; D. 95.1.183 ; Req. 11 novembre 1896 ; D. P. 97.1.231).

37. — La question a parfois été agitée de savoir, si, dans ce cas comme dans celui de vices cachés, au lieu de faire payer des dommages-intérêts à l'associé, il ne serait pas possible de réduire l'importance des droits sociaux reconnus à cet apporteur lors de la formation de la société. Abstraction faite des difficultés d'ordre pratique, auxquelles l'application d'une telle réduction pourrait donner lieu, les droits reconnus à un associé n'étant pas toujours rigoureusement proportionnels à la valeur de son apport, nous pensons qu'il est difficile d'assimiler la réduction de droits sociaux envisagée à la restitution d'une partie du prix, dont parle l'article 1644, que de plus l'attribution à un associé d'une certaine part dans les bénéfices futurs de la société, en rémunération de l'apport par lui effectué, constitue une des clauses essentielles du pacte social, que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties contractantes, que la contravention à une obligation de donner ou à une obligation de faire se résoud en dommages-intérêts (art. 1136 et 1142 C. Civ.) et qu'en conséquence, un jugement accueillant favorablement une telle demande serait susceptible d'un recours

(1) Dijon, 20 juillet 1884. J. S. 1887. 211.

en cassation pour excès de pouvoir. Cette mesure d'ailleurs risquerait bien souvent de ne pas répondre aux besoins créés par le nouvel état de choses : si la société, dont la situation a été compromise par l'éviction qu'elle a subie, ne réalisait, par la suite, aucun bénéfice, sans toutefois essuyer de pertes, le dommage serait en somme uniquement supporté par les autres associés, qui auraient réalisé leur apport total et seraient privés du gain légitime qu'ils pouvaient en espérer.

Cette question est en général traitée à l'occasion de la garantie des vices cachés, que l'apporteur doit à la société en plus de celle d'une éviction possible, mais nous avons préféré la signaler ici, tout d'abord parce que le trouble résultant de vices cachés nous paraît pouvoir être considéré comme une éviction partielle et d'autre part en raison de notre intention d'examiner dans le chapitre suivant, en même temps que les règles spéciales auxquelles sont soumis les apports d'après leur nature, les principaux vices dont ceux-ci peuvent être atteints. Nous nous bornons à indiquer que, selon la gravité de ces vices, il y aura lieu à application des articles 1644 et suivants du Code Civil, c'est à-dire soit à résolution du contrat (*actio redhibitoria*), soit à réduction de prix (*actio quanti minoris*) sans préjudice de tous dommages-intérêts à la charge de l'apporteur, au cas où sa mauvaise foi serait établie.

38). — d). — Les obligations relatées ci-dessus, conservation de la chose, délivrance, garantie, sont à la charge de l'apporteur ; voyons maintenant celles qui incombent à la société. En raison du caractère translatif de propriété du contrat d'apport, la société devra tout d'abord prendre livraison dans les conditions convenues des biens qui lui sont apportés et ensuite mettre l'apporteur en mesure d'exercer les droits sociaux qui lui sont alloués à titre de rémunération de l'apport qu'il effectue. Sur la première obligation de prendre livraison, les principes géné-

raux doivent être appliqués ici dans la mesure où ils ne sont pas contraires au contrat d'apport. Quant à la seconde, les textes relatifs à la vente ne peuvent être invoqués, puisque cette obligation se traduit pour l'acquéreur par la nécessité principale de payer à l'époque déterminée le prix convenu et qu'en notre matière il n'existe pas à proprement parler de prix. Nous estimons que cette obligation recevra une exécution suffisante de la part de la société par le fait que celle-ci aura indiqué dans ses statuts qu'un nombre déterminé de parts ou d'actions dites « d'apport » est reconnu à l'apporteur pour lui être délivrées après l'expiration du délai de deux ans prescrit par le 3^e alinéa de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867, délai qui commence à courir à compter du jour de la constitution définitive de la société.

39. — L'apport en société ne comportant pas de prix à payer, il s'ensuit que les diverses garanties, dont jouit le vendeur en cas de non paiement de ce prix, n'existent pas au profit de l'apporteur.

40. — B). *Apport en usufruit ou en jouissance.*

Nous avons ci-dessus raisonné dans l'hypothèse où, par suite de l'apport, la société était devenue propriétaire du bien apporté. Il n'en est pas toujours ainsi et la loi permet que l'apport ne confère à la société sur les biens qu'elle reçoit qu'un droit d'usufruit ou même qu'un simple droit de jouissance.

41. — a). — *Apport en usufruit.* — Lorsque l'apport n'a été créé au profit de la société qu'un droit d'usufruit, les effets en sont identiques, tout au moins en ce qui concerne la transmission et la garantie, à ceux de l'apport en propriété ; c'est ainsi que la société sera saisie de son droit réel d'usufruit par le seul effet du consentement, sauf, s'il s'agit d'immeubles, à accomplir les formalités de la transcription pour rendre ce droit oppo-

sable aux tiers ; quant à la garantie, il suffit simplement de faire remarquer qu'il ne pourra jamais s'agir, dans un tel cas que d'une éviction partielle, la société ayant depuis sa formation exercé son usufruit plus ou moins longtemps. Au surplus, les rapports des parties entre elles seront réglées par les articles 605 et suivants du Code Civil.

D'autre part la question de savoir quelle est celle des deux parties qui doit supporter les risques sera résolue à l'aide des mêmes principes applicables à tous les droits réels. La chose faisant l'objet de l'usufruit vient-elle à périr, c'est la société qui supportera seule le dommage résultant pour elle de la privation de son usufruit, l'apporteur conservant par contre l'intégralité de ses droits sociaux : en effet le nu-propiétaire n'est pas tenu de faire jouir l'usufruitier, il doit simplement le laisser jouir et s'abstenir de tout ce qui pourrait constituer une entrave au libre exercice de son droit. De plus, l'apport promis ayant été effectué, il ne pourra être question d'appliquer l'article 1867, 1^o, du code civil et la société ne pourra être dissoute ; cependant si, par l'effet de conventions spéciales, les parties avaient retardé la transmission de l'usufruit et que le bien en faisant l'objet vînt à périr avant l'époque prévue pour cette transmission, la société serait dissoute pour les mêmes motifs que ceux exposés ci-dessus au sujet de l'apport en propriété. Naturellement les risques, qui n'intéressent que la nue-propiété du bien apporté, restent à la charge de l'associé, celui-ci conservant le droit, dans tous les cas où la perte de la chose est due à une faute de la société, de lui réclamer des dommages-intérêts.

Nous avons vu qu'en cas d'apport en propriété l'apporteur ne pouvait à la dissolution de la société prétendre au cours du partage prélever à son profit le bien apporté même dans le cas où il se retrouverait en nature dans l'actif social ; par contre l'apporteur en usufruit a le droit de réclamer lors du partage

la restitution même de la chose qu'il a mise en société, sauf le cas de perte fortuite qui libère la société à son égard.

42. — b) *Apport en jouissance.*

S'il n'a été promis à la société que la jouissance d'un ou plusieurs biens déterminés, celle-ci n'est plus titulaire, comme dans le cas précédent, d'un droit réel mais uniquement d'un droit de créance à exercer contre l'apporteur. L'associé est tenu de faire jouir la société paisiblement des biens, objets de sa promesse ; l'apport se réalise alors par une série de prestations successives et les règles à appliquer aux rapports des parties sont celles indiquées par le code civil, comme devant régir les relations du bailleur avec le preneur.

Dans ce cas, et contrairement à ce qui a été dit pour l'usufruit, les risques demeurent entièrement à la charge de l'associé, puisque celui-ci est resté propriétaire de la chose (art. 1851, 1^o, C. Civ.). Si donc le bien, dont la jouissance a été mise en société, vient à périr, le dommage sera supporté en entier par l'apporteur. Mais de plus cet apporteur est, par suite de la perte survenue, mis dans l'impossibilité de continuer à réaliser son apport, c'est-à-dire de faire jouir la société ; on se trouve donc en face d'une société dans laquelle un des associés n'effectue plus aucun apport et qui est par conséquent entachée de nullité. C'est ce que décide l'art. 1867, 2^o, aux termes duquel « la société « est également dissoute dans tous les cas par la perte de la « chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun et que « la propriété en est restée dans la main de l'associé ».

De même que dans le cas d'usufruit, l'apporteur de la jouissance d'une chose a le droit, lors de la dissolution de la société et du partage de l'actif social, de reprendre son bien en nature. Si cependant cette dissolution survient avant l'expiration du délai pour lequel la jouissance du bien a été mise en société, l'associé ne nous paraît pas pouvoir user de cette faculté. En

effet, l'apport promis par lui n'a pas été réalisé complètement, puisqu'aux termes des conventions originaires, la restitution de sa chose ne devait lui être effectuée que dans un avenir plus éloigné, et ce serait créer pour lui un avantage que de l'autoriser à faire le prélèvement de son bien. Nous estimons qu'en pareille occurrence, la jouissance du bien en question doit continuer à demeurer aux mains de la société en liquidation, qui peut en tirer parti à son profit pendant le temps restant à courir de la jouissance qui lui a été promise lors de sa constitution.

43. — C). *Dispositions communes à l'apport en usufruit et à l'apport en jouissance.*

Toutefois les règles ci-dessus reçoivent exception dans quatre cas déterminés par le 2^e alinéa de l'art. 1851 du Code Civil ainsi conçu : « Si ces choses se consomment, si elles se détériorent
« en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues, ou si
« elles ont été mises dans la société sur une estimation portée
« par un inventaire, elles sont aux risques de la société ».

1^o — *Choses qui se consomment.* — L'apporteur dans ce cas ne peut être réputé avoir voulu retenir à son profit la propriété de la chose, puisque, par sa nature même de chose se consommant par l'usage, l'apport est devenu propriété de la société, qui pour s'en servir a du faire appel au droit d'*abusus*, apanage du propriétaire. Ce sont donc ici les règles de l'apport en propriété qui vont s'appliquer. Ainsi les choses seront aux risques de la société, dès qu'elle en aura reçu tradition ou que celles-ci auront été individualisées. De même à la dissolution de la société l'apporteur n'a que le droit de recevoir la valeur des choses par lui apportées, cette valeur étant estimée au jour de l'apport.

2^o — *Choses qui se détériorent en les gardant.* — C'est encore par suite de leur nature que l'on présume chez l'apporteur

l'intention d'avoir cédé à la société son droit de propriété sur ces choses ; on ne peut, en effet, admettre, en l'absence de conventions précises sur ce point, que l'apporteur se contente de recevoir, à l'expiration de la société, la restitution de choses, qui auront vu diminuer d'autant plus leur valeur vénale que la société aura duré plus longtemps. Nous ferons donc appel aux règles posées dans le paragraphe précédent : la société ne sera pas libérée à l'égard de l'apporteur de sa dette de restitution, mais cette dette n'aura pour objet que la valeur des choses au jour de l'apport, même si, par improbable, mais à la faveur de circonstances économiques particulières, la valeur de ces choses avaient augmenté lors de sa dissolution.

3° — *Choses destinées à être vendues.* — Ici le transfert de propriété se déduit des conventions mêmes des parties, car la société ne peut vendre valablement ces choses, que si elle en est devenue préalablement propriétaire. La question des risques reçoit donc la même solution que ci-dessus. Nous concluerons de même en ce qui concerne les droits résultant de cet apport pour l'associé, au moment du partage de l'actif social. Cependant certains auteurs ont prétendu qu'une distinction était ici nécessaire : ou la chose a été vendue, ont-il dit, et l'apporteur a droit à une somme égale au montant de la vente, ou elle n'a pas été vendue et dans ce cas c'est le montant de la valeur au jour de l'apport qui doit être remis à l'apporteur. Nous ne pensons pas que cette interprétation soit exacte : l'article 1851, 2°, en effet, ne distingue pas et d'après lui toutes les choses, mises en société et destinées à être vendues, sont aux risques de la société ; suivant la règle « *res perit domino* » c'est qu'elle en est devenue propriétaire ; les règles précédemment énoncées doivent donc être appliquées. D'ailleurs si l'on admet, contrairement au texte, que le transfert de la propriété à la société est subordonné à la vente des biens apportés, c'est à la chose elle-même qu'aurait

droit l'apporteur, si celle-ci n'a pas été vendue, et à la valeur de la chose au jour de l'apport, au cas où la vente projetée a été effectuée.

4° — *Choses mises en sociétés sur estimation.* — Dans les art. 1551 et 1552, C. Civ., relatifs aux droits du mari sur la dot de la femme, le législateur indique que, sauf stipulation contraire, l'estimation des meubles vaut vente, mais que, par contre, celle des immeubles n'a pas le même résultat en l'absence d'une déclaration expresse. En notre matière la loi ne distingue pas : toute estimation d'un bien apporté a pour effet d'en faire acquérir la propriété à la société, même s'il s'agit d'immeubles. La société supportera donc les risques de perte et l'apporteur n'aura droit de recevoir lors du partage que le montant de cette estimation. Malgré les termes d'apparence restrictive de l'art. 1851, on est en général d'accord pour décider que cette estimation pourrait valablement figurer ailleurs que dans un inventaire et notamment dans les statuts. Nous pensons même qu'un simple acte sous seings privés, que l'on n'aurait ni fait enregistrer, ni déposé, ni publié, suffirait, de tels actes ayant toujours date certaine à l'égard des parties contractantes et les droits des tiers n'ayant pas ici à être pris en considération, puisque par hypothèse les créanciers sociaux auront été désintéressés, avant que l'apporteur reçoive le montant de cette estimation. Ajoutons simplement que dans le cas d'immeubles mis en société sur estimation, une demande de l'apporteur en rescision pour lésion de plus des $\frac{7}{12}$ ne pourra être favorablement accueillie, les motifs de cette conclusion devant être étudiés au cours du chapitre suivant.

44. — On a parfois discuté la validité d'une société à laquelle un des associés n'a apporté que la jouissance d'un capital en es.

pèces (1), en invoquant à l'appui de cette thèse que par suite d'un tel apport l'associé ne participait pas aux pertes de l'entreprise, mais courait uniquement le risque d'être privé des intérêts de ce capital, ce qui ne constituait qu'un *lucrum cessans* et non un *damnum emergens*, et que d'autre part l'apporteur ne saurait être à la fois actionnaire de la société et créancier de sa mise sociale. Nous estimons qu'aucun texte législatif ne proclame cette prohibition et qu'au contraire les termes généraux dans lesquels est rédigé le deuxième alinéa de l'art. 1851, C. Civ., permettent un tel apport, l'argent étant au suprême degré une chose qui se consomme par l'usage. D'autre part, la situation d'un apporteur en jouissance d'un capital espèces n'est pas différente, quant aux pertes qui peuvent résulter pour lui d'un tel apport, de celle de l'associé dont la mise a consisté en un immeuble, un fonds de commerce ou un navire apporté seulement pour la jouissance et qui risque d'être frustré de tout ou partie des revenus qu'il pouvait espérer retirer de ce bien, si les bénéfices réalisés par la société sont nuls ou inférieurs au montant de ces revenus ; et cependant la validité d'un tel apport n'est pas contestée. Enfin le deuxième argument ne paraît pas non plus très déterminant. L'apporteur n'est pas à la fois actionnaire et créancier de sa mise sociale ; il n'a aliéné que la jouissance de sa chose et c'est cette jouissance qui constitue sa mise sociale, dont il n'est nullement créancier ; ses droits de créancier ne peuvent s'exercer que sur la chose elle-même ou sa valeur suivant le cas, qui n'a jamais été apportée à la société. C'est pourquoi nous nous rallions sur cette question à l'opinion de la majorité des auteurs (2) et à la jurisprudence à peu près cons-

(1) Hénard, op. cit., p. 158 note 6 ; Thaller, Traité élém. de Droit Com¹ 4^{me} édit., 1910, n° 388 et note sous Amiens, 26 mai 1906. D. 1907.2.25 ; Pic, op. cit., n° 47.

(2) Lyon-Caen et Renault, op. cit., n° 87 ; Baudry et Wahl, op. cit., n° 279 ; Arthuys, op. cit., n° 65 ; Houpin et Bosvieux, op. cit., t. I, p. 108, note 3.

tante de la Cour de Cassation (1), qui admet qu'un capital espèces peut être apporté en société simplement pour la jouissance, et qui voit dans un tel apport une valeur dont la société acquière « immédiatement la libre disposition, qui se fond dans « l'actif qu'elle possède et lui procure à la fois un instrument de « travail et de crédit ». (Cass. req. 21-4-1915. Gaz. soc. 1915. 107).

SECTION 3

Des Apports fictifs

45. — Selon la définition, que nous en avons donnée plus haut, l'apport en nature doit avoir une valeur appréciable en argent, c'est-à-dire une valeur réelle et sa mise en commun doit représenter pour la société un avantage qu'elle pourra réaliser à son profit. Si certains apports ne remplissaient pas cette condition et n'avaient qu'une valeur apparente, ils seraient déclarés fictifs.

Or, la réalité ou la fictivité des apports a une importance considérable puisque selon la qualité qui leur sera reconnue, la société sera déclarée valable ou frappée de nullité. En effet, l'art. 1^o de la loi du 24 juillet 1867, applicable à toutes les sociétés par actions, exige que le capital ait été souscrit en totalité ; si la société a reçu des apports ultérieurement reconnus fictifs, c'est-à-dire inexistantes, les actions émises en rémunération de ces apports sont sans objet, le capital social se trouve n'avoir pas été intégralement souscrit, et, une des conditions primordiales exigées pour la constitution régulière et définitive de la société faisant défaut, celle-ci devra être annulée. Mais quand

Cass. 2 avril 1889 et 10 décembre 1893 (J. S. 1895.55) ; Cass. 7 juillet 1898. (J. S. 1898.493) ; Cass. 1^{er} février 1921. (J. S. 1921.491).

un apport sera-t-il ou non fictif ? Quel est le critérium juridique à appliquer en cette matière ? Aucun texte législatif n'a donné les caractéristiques, soit de la réalité, soit de la fictivité d'un apport et la jurisprudence n'a pu dans ces conditions que statuer sur les différents cas d'espèces qui lui ont été soumis ; d'ailleurs de cette jurisprudence ne se sont pas dégagées des règles précises et formelles et la Cour de Cassation a décidé que c'était là une question de fait du domaine de l'appréciation souveraine des juges du fond. (Cass. req. 14 juin 1887. D. 87.1. 417).

46. — Il ne nous paraît cependant pas inutile d'essayer de dégager, par l'examen sommaire de quelques décisions, les directives qu'a suivies la jurisprudence dans cette question des apports fictifs.

Tout d'abord ont été reconnus comme non entachés de fictivité :

l'apport à une société anonyme d'une créance, dont la valeur a été fixée à l'aide de prévisions sérieuses, alors même que par la suite ces prévisions ne se seraient pas réalisées et que cette créance aurait subi une dépréciation. (Trib. Com., Seine, 9 août 1883 et Paris, 1^o Ch., 12 janvier 1887. J. S. 1887. 772.)

l'apport à une société d'actions d'une autre société, alors que ces actions existaient toutes en réalité et que les fondateurs n'ont pas fait de déclarations mensongères. (Paris, 26 juillet 1887, D. 88.2.145).

l'apport basé sur les évaluations d'un inventaire dressé régulièrement de bonne foi, d'après les livres des apporteurs, même lorsque cet apport est fait à charge par la société de payer le passif grevant l'apport, si les apporteurs n'ont reçu en échange que la valeur de l'actif net déduction faite du passif. (Trib. Com. Seine, 28 juillet 1887. J. S. 1888.445).

L'apport du droit d'exploiter un brevet d'invention appartenant à l'apporteur, alors même qu'outre les actions il serait attribué à celui-ci une certaine somme d'argent, s'il est indiqué par l'acte social que cette somme n'est que le remboursement des frais et avances faites par lui (Riom, 30 avril 1894. J. S. 1895-105).

L'apport fait à une société de promesses de vente, dont le prix n'est pas payé, si les bénéficiaires desdites promesses apportent en outre des machines, des approvisionnements et le droit au bail des immeubles faisant l'objet des promesses de vente. (Riom, 30 avril 1894, précité).

L'apport à une société, contre l'attribution d'un certain nombre d'actions, de l'actif et du passif d'une précédente société, qui, par les chances de gain ou de perte qu'il comporte, ne peut pas être évalué autrement qu'à forfait. (Cass. req. 3 janvier 1900, S. 1901.1.321 et la note de M. Wahl).

L'apport fait par un fondateur de biens dépendant de l'actif d'une société en liquidation, pour lesquels il n'a obtenu qu'une promesse de vente et qu'il a déclaré mensongèrement lui appartenir en propre pour les avoir acquis de ses deniers personnels, dès lors qu'il s'agit d'un apport mobilier régi par l'article 2279, C. Civ., et possédé de bonne foi par la société bénéficiaire, qui est dispensée de restituer les biens. (Trib. Comm. Roanne, 15 octobre 1924, J. S. Mai 1926).

Dans tous les cas ci-dessus l'apport a constitué pour la société, à laquelle il a été effectué, un avantage d'une réalité indiscutable. Le profit que la société en a retiré a pu parfois être inférieur à celui qu'elle en espérait; il a pu même être inexistant, en cas, par exemple, d'apport d'une créance dont le débiteur est par la suite devenu insolvable; mais au moment de sa constitution, la société aurait pu réaliser cet apport moyennant un prix qui n'aurait pas été nul.

47. — Par contre ont été déclarés fictifs :

l'apport consistant uniquement en une promesse de vente, dont le prix était encore dû (Riom, 5 janvier 1893, Recueil de Riom, 1893.193).

l'apport consistant en biens achetés antérieurement à la constitution de la société, mais dont le paiement devenu une charge sociale, n'a été effectué qu'à l'aide d'un emprunt contracté par la société. (Paris, 26 novembre 1885. et Cass. req. 14 juin 1887, D. 87.1.417).

l'apport consistant en une concession, qui était incessible (Cass. req. 18 mars 1913 ; S. 1913, bull. somm. 1, 67).

l'apport d'un immeuble ayant fait l'objet d'un procès-verbal de saisie déjà transcrit avant la constitution de la société (Dijon, 25 juillet 1884. Rev. Soc. 1885.22).

On ne pourrait contester dans les quatre hypothèses précédentes que les apports aient été fictifs, inexistants, la société n'en ayant retiré aucun profit ou n'ayant pu le faire qu'à la condition de payer elle-même le prix des biens apportés, alors qu'une partie déjà des actions composant son capital avaient été émises pour rémunérer ces apports.

48. — C'est pourquoi nous pensons que la fictivité des apports doit être en tous points assimilée à une inexistence des apports ; qu'en conséquence une société ne peut être déclarée nulle pour fictivité de certains des apports, qu'autant qu'il sera établi que, par suite des vices entachant lesdits apports, un ou plusieurs associés n'ont en rien contribué à la formation du fonds commun. Un jugement du Tribunal de commerce de Lyon du 28 mai 1907 (J. S. 1908.268) a cependant déclaré irrégulièrement constituée une société anonyme à laquelle avaient été effectués des apports en nature qui n'existaient pas réellement, tels qu'ils figuraient aux statuts, ces apports se trouvant gre-

vés d'un passif occulte que la société avait pris en charge dès sa constitution. Cette décision ne saurait, selon nous, être approuvée ; nous pensons, en effet, qu'il ne s'agit pas là, au sens réel du terme, d'une fictivité des apports, réserve faite pour le cas où ce passif occulte excéderait le montant total des actions attribuées en représentation de cet apport, mais plutôt d'une éviction partielle, donnant ouverture contre l'apporteur à une action en dommages-intérêts, celui-ci n'ayant réalisé qu'une partie de ses apports. (Voir dans ce sens, Dijon, 25 juillet 1884. Rev. Soc. 1885. 22). Même si l'éviction partielle était à ce point importante que les parties n'eussent pas contracté au cas où elles auraient pu prévoir l'éviction, c'est par l'application des règles de l'art. 1636 C. Civ. que pourrait être prononcée la résolution de la société et non en faisant intervenir l'idée de fictivité, qui équivaut à celle d'inexistence des apports.

En résumé doit être considéré comme fictif l'apport qui, au moment de la constitution de la société, ne représente pas une valeur d'échange dont la société pourrait s'acquérir définitivement le montant par suite d'une réalisation.

APPENDICE

Situation respective des fondateurs et apporteurs avant la constitution définitive de la société

49. — Nous avons indiqué précédemment que la propriété des apports qui lui sont effectués était transférée à la société dès la constitution définitive de celle-ci.

Or, la formation des sociétés de capitaux bénéficiaires d'apports en nature a été subordonnée par le législateur à l'accomplissement d'assez nombreuses formalités, telles que déclaration notariée de souscription et de versement, vérification et appro-

bation des apports ne consistant pas en numéraire. La société n'est donc définitivement constituée que lorsque a été tenue l'assemblée des actionnaires dite « deuxième assemblée générale » constitutive ». C'est alors que la société acquiert la propriété des apports qu'elle a reçus et qu'en conséquence elle en supporte les risques.

Mais ces diverses formalités exigent des délais plus ou moins longs, en raison tant de l'accomplissement des formalités elles-mêmes, que du nombre parfois considérable des souscriptions à recueillir. Or les événements imprévus pouvant faire obstacle à la formation définitive de la société auront d'autant plus occasion de surgir, que cette période de constitution sera plus longue. Il peut se faire, en effet, qu'un apporteur renonce à donner suite à son projet d'apport, ou qu'il décède ; il peut aussi se produire que les fondateurs ne réunissent pas toutes les souscriptions destinées à couvrir la totalité du capital en numéraire envisagé et qu'ainsi la formation de la société, à laquelle l'apporteur était prêt à effectuer l'apport promis, soit abandonnée. Il y a lieu d'examiner les conséquences de ces diverses éventualités avant et après la déclaration notariée de souscription et de versement.

50. — Aussi longtemps que la déclaration de la souscription de la totalité du capital espèces et du versement du quart de ce capital n'a pas été reçue par le notaire, nous estimons qu'il n'existe qu'une obligation conditionnelle entre les parties. Leurs conventions réciproques sont en effet subordonnées, quant à leur existence, à la réalisation d'une condition suspensive, savoir la souscription de la totalité du capital espèces et le versement du premier quart au moins de ce capital ; ainsi un futur associé qui a promis d'apporter son fonds de commerce à une société constituée au capital de 500.000 francs, dont au minimum 300.000 francs en numéraire, ne peut être tenu de

réaliser cet apport à une société formée sur des bases différentes. Or, à quel moment peut-on affirmer que le capital espèces est souscrit en entier et que le quart en est versé, c'est-à-dire que la condition suspensive est accomplie ? Lorsque l'officier ministériel désigné par la loi a reçu la déclaration prescrite et en a consigné les termes dans un acte authentique. C'est ainsi notamment qu'en cas de défaillance du fait des fondateurs, qui n'ont pu se procurer les capitaux nécessaires, l'associé, qui devait effectuer un apport en nature, ne pourra demander aucune indemnité par suite de l'échec de la société projetée.

51. — Par contre la situation respective des parties est modifiée, lorsque la déclaration prescrite par l'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867 est un fait accompli ; la réalisation de la condition, à laquelle était subordonnée l'existence de l'obligation des apporteurs, rend cette obligation définitive. Nous ne disons pas que dès cet instant la propriété des apports en nature est transférée à la société, puisque celle-ci n'existe pas encore, mais nous estimons qu'à partir de ce moment une obligation pure et simple lie apporteurs et fondateurs et que ceux-ci ont la possibilité de s'adresser aux tribunaux pour obtenir de ceux-là l'exécution de leurs engagements ; cette action, il est vrai, conformément à la maxime : « *nemo proecise ad factum cogi potest* » se résoudra en dommages-intérêts. Si le décès d'un apporteur se produit postérieurement à la déclaration notariée, son obligation passera à ses héritiers, qui devront réaliser l'apport promis dans les conditions convenues avec leur auteur.

52. — La longue période nécessaire à la constitution des sociétés par actions bénéficiaires d'apports en nature a donc pour effet pendant un certain délai de maintenir les parties dans l'incertitude quant à l'exécution de leurs obligations récipro-

ques. Les nécessités de la vie pratique exigent plus de sûreté : l'apporteur veut être assuré qu'en maintenant sa promesse pendant le cours de cette période il ne court pas le risque de manquer certaines occasions avantageuses pour lui et d'assister ensuite à un échec final de la société sans posséder aucun recours en indemnité du préjudice, qui peut ainsi lui être causé ; de leur côté les fondateurs désirent que les lenteurs afférentes aux souscriptions à recueillir ne puissent être invoquées par l'apporteur pour renoncer à son projet et rendre ainsi impossible la constitution de la société. Nous pensons qu'il pourrait être remédié à ces divers inconvénients en procédant de la façon suivante :

Lorsque fondateurs et apporteurs se sont mis d'accord sur les diverses conditions auxquelles l'apport sera effectué à la société, il serait sage de matérialiser cet accord au moyen de la rédaction d'un acte sous seings privés, aux termes duquel les fondateurs, stipulant tant en leur nom personnel que pour le compte de la société en formation, se porteraient fort vis-à-vis des apporteurs de la ratification par la société définitivement constituée des conditions arrêtées entre les parties pour la réalisation de l'apport. Mais dans le cas où la société, ayant acquis la capacité juridique de contracter, ne se substituerait pas aux fondateurs dans les obligations assumées par ceux-ci, la charge de ces obligations constituerait alors une dette qui leur demeurerait personnelle. (Trib. Seine, 26 octobre 1926. G. P. 14.1.1927). Cette éventualité n'est d'ailleurs pas à craindre, si le contrat conclu par les fondateurs a été soigneusement étudié par eux et représente une opération avantageuse pour la société.

Ainsi, il existerait immédiatement entre les parties un lien de droit, dont elles pourraient administrer la preuve facilement. De plus, les apporteurs, en admettant par hypothèse

qu'ils n'aient consenti à traiter qu'avec des fondateurs solvables, seront assurés de ne pas voir leur bien, objet de l'apport envisagé, immobilisé inutilement pendant de longues périodes et par ailleurs les fondateurs auront la certitude que tous les efforts, qu'ils auront déployés pour réunir le capital nécessaire, ne l'auront pas été en vain, puisqu'ils n'auront plus à craindre de voir au dernier moment, le résultat de leur activité anéanti par une défaillance des apporteurs.

CHAPITRE II

Des biens qui peuvent faire l'objet d'un apport en nature et des règles spéciales qui leur sont applicables

53. — Nous avons indiqué rapidement au début du chapitre précédent que par « apports en nature » on devait entendre tous les biens apportés à une société et qui consistent en autres choses que du numéraire. En plus des conditions que d'après le droit commun doivent remplir les biens apportés pour la validité de l'acte juridique envisagé, conditions brièvement énoncées ci-dessus, il existe diverses règles à observer pour parvenir à la réalisation définitive de l'apport. Les unes sont communes à tous les apports en nature, effectués à une société par actions et leur ensemble constitue la procédure de vérification et d'approbation instituée par l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 ; elles seront examinées ultérieurement. Les autres par contre varient avec la nature des biens apportés et c'est leur étude qui va faire l'objet du présent chapitre.

SECTION 1

Des Immeubles

54. — Dès sa constitution définitive la société bénéficiaire d'apports en nature devient propriétaire des biens apportés, mais si ce transfert de propriété se trouve complètement réalisé dès ce moment dans les rapports des parties contractantes, il n'en est pas de même à l'égard des tiers, tout au moins lorsque les apports ont pour objet certains biens et notamment des immeubles. En effet la loi du 23 mars 1855 a subordonné l'opposabilité aux tiers des mutations de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque à l'accomplissement de la formalité de la transcription et elle a précisé dans son article 3 que devaient dans ce cas être considérés comme tiers, ceux qui ont acquis des droits sur l'immeuble et les ont conservés en se conformant aux lois. C'est ainsi qu'en raison de sa nature d'acte translatif l'apport en société de biens ou de droits immobiliers devra être transcrit. Aucune sanction, autre que l'impossibilité pour la société de se prévaloir de son droit de propriété vis-à-vis des tiers de la loi de 1855, n'est édictée par la loi au cas de défaut d'accomplissement de cette formalité ; *a fortiori* n'indique-t-elle pas le délai dans lequel la transcription devra être opérée. Mais les graves conséquences qui peuvent résulter pour la société de cette absence de transcription, et notamment les inscriptions, que pourraient prendre sur l'immeuble les créanciers de l'apporteur du chef de celui-ci, doivent inciter les gérants et administrateurs des sociétés par actions à y procéder dans le plus bref délai possible ; il a d'ailleurs été jugé que ces gérants et administrateurs devaient être déclarés

responsables du préjudice que pourrait occasionner à la société, non seulement l'omission de la transcription, mais encore le retard apporté à l'accomplissement de cette formalité (Seine, 20 janvier 1883. J. S. 1883.350).

55. — Le but poursuivi par la loi du 23 mars 1855 étant de porter à la connaissance des tiers les modifications diverses et successives dont peut être l'objet la propriété immobilière, il y a lieu de se demander si la publicité organisée pour les sociétés commerciales par les articles 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867 ne pourrait suppléer au défaut de transcription des apports immobiliers en société. Nous ne le pensons pas, car ces deux modes de publicité ne répondent pas aux mêmes besoins. La publication des actes de sociétés, en effet, a pour but de porter à la connaissance de toutes personnes susceptibles d'entrer en relations avec la société nouvellement formée, les conditions dans lesquelles a eu lieu sa constitution, notamment de leur indiquer l'étendue du gage sur lequel peuvent compter les créanciers sociaux et de leur révéler le nom des personnes autorisées à représenter valablement la société à l'occasion des divers actes juridiques qu'elle sera appelée à accomplir au cours de sa vie sociale. La loi de 1867 prescrit le dépôt de certaines pièces dans divers greffes ainsi qu'une insertion dans un journal d'annonces légales ; mais là se bornent ses exigences et elle n'a jamais ordonné que fût mentionné sur les registres des conservateurs des hypothèques ce qui, dans les diverses pièces déposées ou publiées, pouvait intéresser la propriété immobilière. Par contre, la publicité organisée par la loi de 1855 n'a qu'un objectif, tenir à jour les registres des hypothèques en ce qui concerne cette propriété immobilière. Ces deux modes de publicité se complètent donc, mais l'un ne pourrait remplacer l'autre. De plus, les termes formels des articles 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855 et l'absence de toutes réserves au

sujet des prescriptions qu'ils édictent pour les actes entre vifs ne permettent pas de suppléer par un autre moyen quel qu'il soit à l'absence de transcription.

56. — La loi du 24 juillet 1921, qui a modifié le mode d'après lequel est opérée la transcription et a ajouté les deux nouveaux articles 13 et 14 à la loi du 23 mars 1855, donne d'assez nombreux détails sur les formalités matérielles à remplir en vue de cette transcription. Mais cette loi statue *de eo quod plerumque fit* et elle se place dans l'hypothèse la plus fréquente où il s'agit de simples actes authentiques ou seings privés ou de jugements. En cas d'apports immobiliers effectués à une société par actions, quelles seront les pièces à déposer à la conservation des hypothèques pour requérir la transcription ? Si les statuts de la société et les procès-verbaux des assemblées constitutives n'ont pas été établis en la forme authentique, il nous paraît, sinon nécessaire, du moins utile d'en opérer d'abord le dépôt au rang des minutes d'un notaire ; cette formalité aura d'ailleurs toujours été accomplie en ce qui concerne les statuts, puisqu'un original des statuts sous seings privés demeure annexé à la minute de l'acte de déclaration de souscription et de versement reçu par le notaire ; on déposera également les certificats remis par les greffes et un exemplaire du journal publicateur. Après quoi il y aura lieu de se faire délivrer par le notaire deux expéditions absolument semblables, dont l'une au moins sera établie sur les formules spéciales fournies par l'administration des hypothèques, et qui comprendront : 1^o) un extrait des statuts mentionnant la dénomination de la société, son objet, son siège social, sa durée, son capital et, dans la description des apports, ce qui a trait aux apports immobiliers ; si, comme c'est parfois l'usage, un acte a été signé préalablement à la constitution définitive de la société entre les fondateurs et les apporteurs et a été annexé aux statuts, il devra être reproduit

in extenso ; 2°) un extrait des procès-verbaux des assemblées constitutives, qui analysera succinctement les diverses résolutions votées par lesdites assemblées et comprendra une copie intégrale de la résolution ayant approuvé les apports et déclaré la société définitivement constituée ; 3°) une description sommaire des pièces de publication, c'est-à-dire des certificats des greffes et de l'insertion parue dans le ou les journaux publicateurs. A la suite du dépôt de ces deux expéditions, il sera procédé à la transcription par le conservateur, conformément à la loi du 24 juillet 1921.

57. — Nous avons jusqu'ici supposé que les apports immobiliers étaient faits à la société en propriété ou en usufruit ; mais que décider, au point de vue de la nécessité de la transcription, pour le cas où la société n'aurait reçu que la jouissance des apports ? Il a été indiqué précédemment que dans ce cas les règles applicables aux rapports des parties étaient fournies par celles qui régissent le louage de choses ; or, l'article 2, 4°, de la loi du 23 mars 1855 soumet à la transcription « les baux « d'une durée de plus de dix-huit années ». Il nous paraît donc logique de décider que les apports immobiliers effectués à une société simplement pour la jouissance sont de nature à être transcrits, lorsque la durée de cette jouissance devra dépasser dix-huit années.

58. — La transcription n'est pas seulement nécessaire pour faire acquérir au nouveau détenteur de l'immeuble un droit opposable au tiers ; elle constitue de plus la formalité préalable indispensable à la procédure de purge. Or il peut se faire qu'un immeuble grevé d'hypothèques fasse l'objet d'un apport à une société ; abstraction faite des conséquences que l'existence de telles charges hypothécaires pourra avoir sur la validité de l'apport, la société aura-t-elle comme un acquéreur ordinaire

re, la faculté de purger ? Cette faculté est réservée à tout acquéreur, qui n'est pas coobligé ou caution du débiteur hypothécaire et qui de plus n'est pas garant de l'hypothèque. Or la société a bien la qualité d'acquéreur et si les deux autres conditions se trouvent remplies, ce qui se produira toujours lorsqu'elle aura reçu l'apport au moment de sa constitution, on doit lui reconnaître le droit de recourir à la purge. Mais, quelle sera la somme qui devra être offerte par elle aux créanciers dans sa notification ? L'acheteur offre son prix, le donataire ou l'échangeur le montant d'une évaluation fixée par eux. En l'absence de prix, puisque par hypothèse, il s'agit d'un apport rémunéré par l'attribution de droits sociaux, la société devra aussi procéder par voie d'évaluation ; si les droits sociaux reconnus à l'apporteur sont représentés par des actions d'apport, la tâche sera facile et la somme offerte aux créanciers hypothécaires devra être égale au montant total de la valeur nominale desdites actions (Nancy, 19 août 1882. D. P. 1883.2.131) ; si par contre l'apporteur ne reçoit que des parts de fondateurs, il faudra avoir recours à une évaluation aussi exacte que possible de la valeur de l'immeuble, afin d'éviter par une offre insuffisante la surenchère des créanciers inscrits.

59. — Cette question de la purge des hypothèques pouvant grever l'immeuble apporté en société nous amène à examiner celle plus générale des vices, dont il peut être affecté. L'article 1845. C. Civ. stipule que « lorsque cet apport consiste en un « corps certain, et que la société en est évincée, l'associé en est « garant envers la société, de la même manière qu'un vendeur « l'est envers son acheteur ». Or, ainsi que nous l'avons signalé plus haut, nous considérons la présence de vices cachés comme équivalent à une éviction partielle que souffre la société ; dans ces conditions et selon l'importance des vices envisagés, il y aura lieu soit à résolution du contrat par application de l'art.

1636, C. Civ., soit d'après les règles de l'art. 1637, à condamnation de l'apporteur à des dommages-intérêts.

60. — Les vices les plus fréquents que peut présenter un immeuble apporté en société sont constitués soit par un défaut de contenance, soit par l'existence d'hypothèques ou d'autres droits réels.

Il se produit fréquemment dans les ventes d'immeubles que la contenance énoncée au contrat soit erronée et les articles 1616 et suivants du Code civil ont pour objet de régler les différends pouvant surgir à cette occasion. Ces règles doivent-elles être suivies en matière d'apport en société ? Certains auteurs (1) ont soutenu que ces règles constituaient une exception au droit commun et qu'en conséquence elles devaient être appliquées restrictivement ; que lorsque la loi avait voulu en étendre le bénéfice à d'autres contrats, elle avait pris soin de le mentionner expressément, comme elle l'a indiqué dans l'article 1765, C. Civ., au titre du louage ; qu'au surplus l'article 1845 déclarait l'associé débiteur envers la société « de tout ce qu'il a promis d'y « apporter » et que l'égalité, requise entre associés par les principes régissant le contrat de société, s'opposait à ce que l'un d'entre eux pût recevoir une part de bénéfices, qui en partie ne correspondrait pas à un apport réel et valable effectué par lui ; qu'en conséquence les prescriptions contenues dans les articles 1616 et suivants du Code civil, ne pouvaient être suivies en cas d'apport en société. On a également invoqué à l'appui de cette thèse un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 14 janvier 1862 (S. 62.1.533) ; il s'agissait en l'espèce d'une demande en indemnité formée par les liquidateurs d'une société contre un associé pour un défaut de contenance

(1) Duvergier. Du contrat de société, Paris, 1839, n° 156 ; Guillouard, op. cit., n° 181 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., n° 17 ; Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 78.

de 673 mètres, alors que la superficie de l'immeuble apporté par l'associé avait été indiquée comme égal à 16.000 mètres ; la demande des liquidateurs fut rejetée, la différence de contenance n'excédant pas un vingtième. Un pourvoi fut formé contre cette décision pour fausse application de l'art. 1619 et violation de l'art. 1845. C. Civ. ; mais si la Chambre Civile rejeta le pourvoi, elle le fit sans retenir les motifs invoqués par les liquidateurs, puisqu'elle déclara, conformément aux constatations souveraines des juges du fait, que l'immeuble n'avait pas fait l'objet d'un apport mais bien d'une vente à la société. Cet arrêt n'a donc pas tranché la question. Nous reconnaissons toute la puissance des arguments exposés par les auteurs précités, mais nous devons faire remarquer que l'article 1845 en matière de garantie assimile sans restriction la société à la vente ; qu'à nul autre endroit qu'au titre de la vente le Code Civil n'a posé de règles précises concernant les différends nés de l'obligation de garantie et qu'en conséquence il n'existe pas de règles spéciales régissant cette obligation en matière de société et qu'elles doivent être recherchées au titre de la vente (1). D'autre part on ne peut faire abstraction des motifs qui ont guidé le législateur dans la rédaction des articles 1616 et suivants du Code Civil, lesquels ont pour but d'éviter une infinité de réclamations basées sur des différences minimales de contenance suivant l'adage *de minimis non curat prætor* ; or cette volonté de la loi nous paraît devoir être aussi bien respectée à l'occasion du contrat de société que du contrat de vente, les mêmes dangers existant, et c'est pourquoi nous pensons que le défaut de contenance en matière d'apport d'immeubles en société ne peut donner lieu à aucune action, lorsque la différence n'est pas au

(1) Wahl, note sous Cass. Req. 3 janvier 1900. S. 1901.1.321.

moins d'un vingtième entre la contenance annoncée et la contenance réelle ou réciproquement (1).

61. — D'autre part l'immeuble apporté peut être grevé de droits réels, servitudes, droit d'antichrèse, hypothèques.

L'apporteur a pu omettre de déclarer l'existence de servitudes passives non apparentes, de même qu'il a pu indiquer que l'immeuble jouissait de certaines servitudes actives, dont la société n'a pas pu profiter ; dans l'un et l'autre cas il y aura lieu à dommages-intérêts à la charge de l'apporteur.

Par contre si un droit d'antichrèse régulièrement transcrit se trouvait établi sur l'immeuble, la société ne pourrait être mise en possession de l'apport et celui-ci devrait alors être déclaré nul (Paris, 5 décembre 1881. D. 1885.1.335. sous Cass. 10 février 1885). Si un tel apport était effectué à une société, lors de sa constitution, celle-ci serait donc entachée de nullité, puisque le capital ne serait pas intégralement souscrit. Il en serait d'ailleurs de même en cas d'apport d'un immeuble frappé, d'une saisie déjà transcrite.

62. — L'apport d'un immeuble grevé d'hypothèques n'est pas forcément nul comme entaché de fictivité ; ce n'est pas en effet l'existence d'hypothèques, mais bien le trouble, qui peut en résulter pour la société, qui exerce une influence sur la validité de l'apport. C'est ainsi que par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 20 novembre 1888 (Pand. Franc. 1889.1.271), la Cour de Cassation a déclaré que se trouve justifié l'arrêt qui rejette une demande en résolution du contrat de société basée sur le fait que les immeubles apportés sont grevés d'hypothèques quoiqu'ils dussent être libres de telles charges, alors que cet arrêt constate que, depuis plusieurs années, la société a exploité ef-

(1) Pont, *op. cit.*, n° 265 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, n° 386 ; Baudry et Wahl, *op. cit.*, n° 186 ; Arthuys, *op. cit.*, n° 39 ; Pic, *op. cit.*, n° 35.

fectivement les mines, qu'aucune contestation ne s'est élevée à l'encontre de sa jouissance, qu'il n'y a même pas eu une menace d'éviction quelconque, et que les inscriptions, prises à titre purement provisoire et éventuel, n'ont entraîné aucune poursuite contre la société.

Dans les cas les plus fréquents l'apport est fait suivant la formule habituelle « net de tout passif », l'apporteur en conservant la charge et s'engageant à justifier dans un délai déterminé de la radiation des inscriptions, qui subsistent sur l'immeuble ; dans cette hypothèse, si la justification n'est pas fournie dans le délai prescrit et si le défaut de radiation cause un trouble quelconque à la société dans sa paisible jouissance, l'apporteur peut être condamné à des dommages-intérêts (Douai, 10 décembre 1903. J. S. 1904.270). Si la radiation n'est pas effectuée et que l'immeuble soit alors saisi et vendu à la requête des créanciers hypothécaires, deux éventualités peuvent se produire : ou bien la somme produite par la vente, après prélèvement du montant des créances inscrites, laissera apparaître un solde égal ou supérieur au montant des droits sociaux reconnus à l'apporteur ; ce solde appartiendra à la société, dont le capital ne sera pas modifié quant à son importance ; l'excédent, s'il y lieu, constituant un bénéfice social ; toutefois si l'éviction, qu'elle vient de subir, empêchait la réalisation de l'objet social, la société pourrait être dissoute par application de l'art. 1865. 2°, du Code Civil. Ou bien la somme disponible, après paiement des créanciers, sera inférieure à celle pour laquelle l'apport a été effectué ; quelles vont être dans ce cas les conséquences de cet état de choses pour la société ? Il peut d'abord y avoir lieu, comme précédemment, à dissolution de la société suivant l'art. 1865, 2°, C. Civ. Mais si nous admettons l'hypothèse, dans laquelle la réalisation de l'objet social est encore possible, doit-on déclarer que la société vient de subir une éviction partielle et appliquer la règle de l'art. 1637 C. Civ. ou dire alors que

le capital de la société n'a pas été intégralement souscrit et qu'en conséquence la nullité doit être prononcée pour violation de l'article 1^o de la loi du 24 juillet 1867 ? A l'appui de la première thèse on peut soutenir que l'apport effectué à la société était bien réel, puisque l'apporteur conservait lui-même la charge d'acquitter le passif, de l'existence duquel la société n'avait pas à se soucier ; que de plus cet apport a été régulièrement approuvé par la deuxième assemblée constitutive et que conformément à l'avant-dernier alinéa de l'art. 4 de la loi du 24 juillet 1867 cette approbation est définitive, hors le cas de dol ou de fraude. Nous donnerons cependant la préférence à la seconde solution ; nous voyons, en effet, dans l'apport envisagé un apport conditionnel, dont la réalité et en conséquence la validité se trouvent subordonnées à l'exécution par l'apporteur des engagements qu'il a librement contractés ; quels que soient les motifs pour lesquels celui-ci n'a pas rempli son obligation de payer le passif, il demeure indéniable que la condition, à laquelle était soumise la réalité de l'apport, est défaillie, qu'en conséquence une partie des droits sociaux reconnus à l'associé en rémunération de son apport sont sans objet et que le capital de la société n'a pas été intégralement souscrit ; la nullité s'impose donc (Douai, 6 août 1903. J. S. 1904.220). Certes une telle sanction peut, dans bien des cas paraître sévère, mais, à moins que le déficit ne résulte des circonstances défavorables, dans lesquelles la vente aurait été effectuée, ou ne soit imputable à des fautes commises par la société elle-même, nous estimons qu'en raison des termes formels des textes législatifs actuellement en vigueur, aucune autre solution ne saurait être envisagée, lorsque le déficit aura pour origine la valeur exagérée que les statuts ont attribuée à l'apport immobilier.

Un apport immobilier bien qu'hypothéqué peut encore être valable, même si la société prend à sa charge le passif qui le grève, mais il est alors nécessaire que le montant de la rémuné-

ration d'un tel apport n'excède pas la différence entre le montant de la valeur de l'immeuble et celui des charges à acquitter. (Toulouse, 18 janvier 1887. J. S. 1890.321).

Mais si la société, pour conserver l'immeuble, devait payer une somme supérieure au passif qu'elle a pris en charge, nous considérons qu'elle souffrirait une éviction partielle et qu'elle aurait alors un recours contre l'apporteur pour se faire indemniser par lui du préjudice subi.

63. — Dans ces divers cas il serait utile, ainsi que le conseille un auteur (1), de stipuler dans les statuts que tout ou partie des actions attribuées en rémunération d'apports immobiliers resteront déposées dans la caisse sociale à titre de gage affecté à la garantie de la créance éventuelle de la société contre les apporteurs, et cela même après l'époque où la loi les déclare négociables et ne seront remises aux intéressés qu'après que les inscriptions prises sur les immeubles auront pu être radiées.

Voici deux hypothèses dans lesquelles cette mesure peut être d'une grande utilité à la société. *Première hypothèse* : la société, qui, comme nous l'avons vu plus haut, en a la faculté, a procédé aux formalités de la purge ; elle a offert dans sa notification aux créanciers inscrits le montant de la valeur nominale des actions d'apport attribuées à l'apporteur et les créanciers ont accepté.

Deuxième hypothèse : pour conserver l'immeuble la société a dû payer aux créanciers hypothécaires, en plus du montant du passif qu'elle a pris en charge, une somme égale ou supérieure au montant des droits sociaux reconnus à l'apporteur.

Dans l'un et l'autre cas on se trouve en face d'une éviction totale, car si la société demeure propriétaire de l'immeuble ap-

(1) Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 561.

porté, ce n'est plus en vertu de l'apport, mais bien des sommes payées par elle aux créanciers. La société peut donc être annulée, son capital n'ayant pas été intégralement souscrit et les actions d'apport créées par elle n'ayant pas été libérées. Mais depuis la loi du 1^{er} août 1893 cette nullité peut être couverte (1) et si la précaution indiquée ci-dessus a été prise par la société, à savoir le dépôt dans la caisse sociale à titre de gage des actions d'apport attribuées à l'apporteur, nous pensons que la société peut éviter les inconvénients d'une nullité en procédant de la façon suivante :

La société est devenue créancière de l'apporteur pour le montant des sommes payées par elle aux créanciers hypothécaires ; elle peut donc procéder à la réalisation de son gage dans les formes prévues par l'article 93¹ du Code de Commerce. La société réunira ensuite une assemblée générale extraordinaire pour se faire autoriser : 1° à intervenir à la vente aux enchères des actions d'apport et à se porter acquéreur desdites actions jusqu'à concurrence de leur valeur nominale ; 2° à procéder à une réduction du capital social par annulation de ces actions d'apport dans le cas où elle en deviendrait adjudicataire (2) Si, lors de la vente, les enchères portent le prix des actions au delà de leur valeur nominale, la société, qui aura, dans les termes de l'autorisation accordée, limité ses enchères au montant de la valeur nominale, recevra de l'adjudicataire une somme égale à la valeur nominale, l'excédent profitant à l'apporteur. Si le prix produit par la vente égale la valeur nominale des actions, et si la société n'est pas déclarée adjudicataire, c'est encore à elle qu'ira la totalité du prix et dans les deux cas ci-dessus son capital sera reconstitué ; la nullité sera couverte, puisque les ac-

(1) Hénard, *op. cit.*, n°s 299 et 513.

(2) Nous estimons, en effet, que l'approbation antérieure des apports ne pourrait empêcher cette réduction. La question sera examinée ultérieurement. (Voir *Infra* n° 185).

tions d'apport auront comme contre-partie un versement en espèces égale à leur valeur nominale. Mais dans le cas où les enchères atteindraient juste le montant de cette valeur nominale, la société pourrait être déclarée adjudicataire ; elle versera alors le prix de cette adjudication par compensation avec les sommes, dont elle est créancière de l'apporteur ; puis elle procédera au moyen de l'annulation des actions d'apport devenues sa propriété, à une réduction de capital, qui aura pour effet de faire disparaître la cause de nullité, puisque son capital sera à ce moment intégralement souscrit. Enfin, si le chiffre des enchères demeure inférieur au montant de la valeur nominale des actions, la société sera proclamée adjudicataire ; comme précédemment elle effectuera le paiement de son prix par compensation et échappera encore à la nullité par la réduction de son capital produite par l'annulation des actions d'apport. Mais, dans ce dernier cas, elle demeurera créancière de l'apporteur de la différence entre le montant de la valeur nominale des actions et celui du prix d'adjudication.

64. — Bien qu'il soit souvent fait à l'apport immobilier en société application des règles de la vente, on ne pourrait cependant assimiler d'une façon complète, quant aux règles qui les régissent, ces deux contrats qui demeurent juridiquement distincts. C'est ainsi que l'apporteur d'un immeuble ne dispose d'aucun privilège comparable à celui du vendeur, lui garantissant l'exécution des engagements pris à son égard par la société. D'autre part, en matière de vente d'immeuble, le vendeur, qui s'estime lésé de plus des sept-douzièmes de la valeur du bien aliéné, peut, aux termes de l'article 1674 C. Civ., demander la rescision de la vente. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour refuser cette faculté à l'apporteur ; si, en effet, le vendeur jouit en cette matière d'un régime de faveur, c'est que le législateur a craint que, sous l'empire d'une impérieuse néces-

sité, un propriétaire immobilier ne fût amené à se défaire de tout ou partie de ses biens pour un prix dérisoire et dans le seul but de recevoir immédiatement une certaine somme d'argent ; étant donné que, par hypothèse, l'apport en société ne comporte pas de prix à verser par la société à l'apporteur, on ne saurait invoquer les mêmes motifs et la reconnaissance d'un tel droit à l'apporteur de biens immobiliers ne constituerait qu'une contradiction inexplicable des principes fondamentaux de notre droit.

SECTION 2

Des Fonds de Commerce

65. — L'aliénation d'un fonds de commerce n'était autrefois soumise à aucune règle particulière et cette absence de réglementation avait donné lieu à des fraudes nombreuses commises par le débiteur, propriétaire du fonds de commerce aliéné, envers ses créanciers. La loi du 17 mars 1909 a heureusement remédié à cet état de choses. Mais l'aliénation, sous la forme d'une vente, n'était pas le seul moyen qu'eussent à leur disposition les propriétaires de fonds de commerce pour diminuer le gage de leurs créanciers ; l'apport en société, en effet, leur permettait d'atteindre facilement le même objectif. Aussi, la même loi a-t-elle réglementé cet apport. C'est dans son article 7, dont le deuxième alinéa renvoie à l'article 3, qu'elle a précisé les diverses formalités qui devraient être remplies, pour que cette mutation devînt opposable à tous, et qu'elle a formulé les conséquences de l'accomplissement ou de l'omission desdites formalités.

66. — La loi exige que tout apport d'un fonds de commerce fasse l'objet de publications dans un journal d'annonces légales et cette publication a pour effet de faire courir un délai de quinzaine, pendant lequel les créanciers chirographaires de l'apporteur doivent faire au greffe d'un tribunal de commerce, que la loi désigne, suivant les cas, la déclaration qu'ils sont créanciers du propriétaire du fonds de commerce d'une somme déterminée ; lorsque le montant des créances ainsi déclarées est connu à l'expiration de ce délai de quinzaine, la loi permet alors aux coassociés de l'apporteur de demander, si le passif ainsi révélé leur paraît trop important, l'annulation de la société ou de l'apport ; si cette demande n'est pas formée ou si il n'y est pas fait droit par les tribunaux, la loi déclare la société bénéficiaire de l'apport solidairement responsable avec l'apporteur de tout le passif déclaré dans les délais prescrits et justifié. La loi a prévu deux cas : si l'apport est effectué à une société en formation, le délai de quinzaine, pendant lequel les créanciers doivent faire leur déclaration, courra à dater de la publication de l'acte de société et la déclaration devra être faite au greffe où a eu lieu le dépôt de l'acte de société ; si au contraire le fonds de commerce est apporté à une société antérieurement constituée, la loi ordonne que la publication de l'acte contenant l'apport soit réalisée conformément à l'article 3, relatif aux ventes de fonds de commerce, le délai de quinzaine étant compté à dater de cette publication et la déclaration étant faite au greffe du Tribunal de commerce de la situation du fonds.

67. — Avant d'étudier le fonctionnement de cette loi dans ses détails et son application aux divers cas particuliers, qui peuvent se présenter, il nous paraît utile d'examiner la contradiction apparente qui résulte de la rédaction des articles 3 et 7. L'article 3, en effet, ordonne l'accomplissement de formalités précises, mais différentes de celles réclamées par l'article 7 pour

les apports en société, pour « toute vente ou cession de fonds « de commerce, consentie même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat, ainsi que *toute mise en société...* » A la lecture des travaux préparatoires cette contradiction semble cependant plus apparente que réelle (1). Au cours de la discussion de la loi, qui dans son projet primitif ne comportait pas à l'article 3 les mots « toute mise en société » et qui ne faisait pas la différence à l'article 7 entre l'apport à une société en formation et l'apport à une société déjà constituée, il a été décidé d'ajouter à l'art. 7 les quelques lignes qui y constituent maintenant le deuxième alinéa ; pour la bonne harmonie des textes et afin que les actes juridiques, auxquels devaient s'appliquer les prescriptions énoncées à l'article 3, y fussent mentionnés au complet, on convint d'insérer dans ledit article les termes « toute mise en société » ; ce membre de phrase, dont la trop grande généralité a donné naissance à la présente difficulté ne concerne donc pas tous les actes juridiques qui auraient pour objet la mise en société d'un fonds de commerce, mais uniquement l'apport à une société antérieurement constituée. C'est d'ailleurs dans ce sens que s'est prononcée la Cour de Cassation par un arrêt de la Chambre Civile en date du 26 mai 1914 (D. P. 1919.1.93). Il est donc contraire à la réalité historique de soutenir (2) que les mots « toute mise en société » figurant à l'article 3 ne visent que l'apport d'un fonds de commerce effectué à une société à titre onéreux.

68. — Ceci établi, examinons l'application de la loi dans le cas d'un apport pur et simple.

1°) — *L'apport est effectué à une société en formation.* —

(1) Rapport Cordelet-annexe au procès-verbal de la séance du Sénat du 29 novembre 1907.

(2) Gaston Condrier. *Le fonds de commerce*, 4^{me} édit. 1 v. in-8°, Paris 1926, n° 330 et s.

Les sociétés commerciales, aux termes des articles 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867, doivent, à peine de nullité, remplir certaines formalités de publicité et notamment publier un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social. La publication d'une société n'étant réputée par la loi parfaitement accomplie que lorsque la dernière formalité, c'est-à-dire l'insertion légale, a été remplie, c'est de la date du journal contenant cette insertion que courra le délai de quinzaine, pendant lequel les créanciers devront effectuer leur déclaration pour bénéficier des dispositions de l'art. 7 de la loi du 17 mars 1909. Ce délai est-il franc et comment doit-on le calculer ? Les règles générales, en matière de procédure, indiquent que seuls doivent être considérés comme francs les délais, qui ont pour point de départ une signification faite à personne ou à domicile et, comme ce n'est pas le cas ici, nous considérons que ce délai n'est pas franc ; cependant les quinze jours mis à la disposition du créancier doivent être complets et, certains journaux judiciaires d'annonces légales ne paraissant que le soir, nous estimons que le *dies a quo*, c'est-à-dire le jour où paraît le journal publicateur, ne devra pas être compté dans le délai ; tandis que le *dies ad quem* devra l'être et que le délai devra être réputé accompli le dernier jour, même si celui-ci est un dimanche ou un jour férié, à l'heure de la fermeture habituelle des greffes.

L'article 7 indique que la déclaration devra être effectuée au greffe qui a reçu le dépôt de l'acte de société. Dans le cas où le tribunal de commerce du siège social et celui de la situation du fonds seraient différents, que décider de la validité d'une déclaration de créance effectuée au greffe de la situation du fonds ? Nous pensons qu'il y a lieu à une distinction ; si aucun dépôt des pièces constitutives de la société n'a eu lieu à ce greffe, les termes de l'article 7 sont trop formels pour que l'on puisse considérer cette déclaration comme valable ;

mais si le fonds de commerce apporté à la nouvelle société formée était précédemment la propriété d'une autre société cet apport impliquerait pour la nouvelle société la possession d'une maison de commerce située dans un arrondissement différent de celui de son siège social (cas prévu par l'art. 59, loi du 24 juillet 1867) ; or, si conformément à l'article 59 il a été procédé dans l'arrondissement de ce fonds de commerce aux diverses formalités de publicité prescrites, nous pensons que la déclaration de créance effectuée au greffe du Tribunal de commerce de cet arrondissement sera valable, les conditions exigées par l'article 7 de la loi du 17 mars 1909 se trouvant remplies.

69. — 2° *L'apport est effectué à une société antérieurement constituée.*

Dans ce cas le deuxième alinéa de l'article 7 de la loi de 1909 renvoie, quant à la publication à opérer par la société bénéficiaire de l'apport, à l'art. 3 de la même loi. C'est ainsi que l'insertion devra être faite, dans la quinzaine de la date de l'acte constatant l'apport, dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal de commerce de la situation du fonds ou à défaut dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement ; cette insertion devra indiquer les nom, prénoms et domicile de l'ancien propriétaire (ou bien raison sociale, s'il s'agit d'une société de personnes ou dénomination si l'ancien propriétaire est une société de capitaux), la nature et le siège du fonds ; de plus, depuis la loi du 22 mars 1924, il y aura lieu d'y mentionner le bureau qui a procédé à la formalité de l'enregistrement de l'acte ou auquel a eu lieu la déclaration prescrite par la loi du 28 février 1872, ainsi que les date, volume et numéro de la perception en cas d'enregistrement et en cas de simple déclaration la date et le numéro du récépissé de cette déclaration. L'art. 3, qui, nous le rappelons, a été rédigé pour le cas d'une vente, exige en plus l'indication du délai fixé pour les oppositions et une

élection de domicile dans le ressort du tribunal ; en notre hypothèse ces deux mentions ne nous paraissent pas nécessaires, quoiqu'il ne sera peut-être pas inutile de rappeler aux créanciers, auxquels s'adresse cette insertion, le délai pendant lequel la loi leur permet d'effectuer au greffe compétent leur déclaration de créance. Cette publication devra être renouvelée du huitième au quinzième jour après la seconde insertion. Enfin la loi du 29 avril 1925, art. 34, stipulant que la deuxième publication prévue par l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 sera en outre faite, dans les huit jours de la première, dans un bulletin annexé au « Journal Officiel », nous estimons préférable en pratique de remplir également cette formalité.

D'après le texte de l'art. 3, la première insertion doit être faite dans la quinzaine de la date de l'acte ; or, en matière de sociétés par actions, l'apport ne devient définitif qu'à partir du moment où il a été approuvé et vérifié par les assemblées devant prononcer la réalisation de l'augmentation de capital (1) ; c'est donc, selon nous, la date de la deuxième assemblée qui devra servir de point de départ à ce délai de quinzaine.

Dans le cas précédent les créanciers doivent faire leur déclaration dans la quinzaine de la publication de l'acte de société ; dans le cas actuel c'est la deuxième publication de l'insertion prescrite par l'art. 3 qui fera courir le délai qui leur est imparti. Pour le calcul de ce délai il y aura lieu de se conformer à ce que nous avons indiqué ci-dessus. En ce qui concerne le greffe du Tribunal auquel doit être effectué la déclaration, le deuxième alinéa de l'article 7 est formel et indique à l'exclusion de tous autres le greffe du tribunal de la situation du fonds ; on devra donc considérer comme irrégulière et non valable toute déclaration qui serait faite au greffe d'un autre tribunal.

(1) Nous sommes toujours en effet dans l'hypothèse d'un apport pur et simple, qui ne peut être effectué à une société déjà formée que par voie d'augmentation de capital.

70. — Les diverses prescriptions édictées par l'article 7, quant au mode de la publication à effectuer par la société bénéficiaire de l'apport, selon que cet apport est fait à une société en formation ou à une société déjà constituée, ne nous paraissent pas d'ailleurs répondre à une nécessité bien évidente. Il eut été, selon nous, plus normal de poser des règles différentes selon que l'apport était pur et simple, ou fait à titre onéreux. Dans le premier cas, il y a lieu, en toute hypothèse, par la société bénéficiaire à publication dans les termes des art. 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867 : en effet, il ne peut s'agir que d'une société qui se constitue ou d'une société qui procède à une augmentation de son capital ; or ces deux opérations juridiques sont soumises à publicité par la loi de 1867 ; les tiers intéressés en auraient donc été informés, puisque conformément à l'art. 59 de ladite loi, la publication doit également être opérée au lieu de la situation du fonds ; il n'était donc pas nécessaire, en cas d'apport pur et simple à une société antérieurement constituée, de renvoyer au mode de publicité prescrit pour les ventes de fonds de commerce (1). Par contre, dans l'hypothèse d'un apport effectué à titre onéreux, les formalités édictées par l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 devenaient seules applicables. On a d'ailleurs soutenu, comme nous l'avons indiqué plus haut (V. infra n° 67), que les mots « toute mise en société » figurant dans le texte de cet article 3 devaient être interprétés comme ne visant que les apports à titre onéreux ; nous devons cependant reconnaître que cette interprétation n'est pas conforme aux intentions du législateur, telles que celles-ci ressortent des travaux préparatoires.

71. — Nous ne nous étendrons pas sur les formalités que doivent remplir les créanciers pour effectuer leur déclaration, ces

(1) V. dans le même sens : Lyon-Caen et Renault, Manuel de droit commercial, 14^{me} édit., page 415, note 2.

indications se trouvant détaillées sous l'article 4 du décret du 28 août 1909. Qu'il suffise de mentionner que cette déclaration devra contenir le nom du créancier, le nom et l'adresse du débiteur, l'indication du siège et de la nature du fonds faisant l'objet de l'apport, le montant de la créance, l'indication de l'apport à une société, dont le siège et la nature seront déterminés, ainsi que la date et le numéro du dépôt au greffe de l'acte de constitution de la société ; cette date et ce numéro n'ont pas à être indiqués dans la déclaration consécutive à un apport effectué à une société déjà formée, la déclaration devant alors être faite au greffe du tribunal de la situation du fonds et non du siège de la société. Ajoutons que, dans la pratique et bien que le décret du 28 août 1909 soit muet à ce sujet, certains greffes, et notamment celui du Tribunal de commerce de la Seine, exigent, au cas où la déclaration est faite par un mandataire, que la signature du mandant sur la déclaration et sur la procuration préalablement enregistrée soit légalisée.

72. — En ce qui concerne les créanciers qui doivent remplir les formalités exposées ci-dessus, l'article 7 de la loi de 1909 a pris soin de préciser que ses dispositions ne s'appliquaient qu'aux créanciers non inscrits de l'apporteur. Solution parfaitement logique, puisque ceux, au profit desquels existe déjà sur le fonds de commerce une inscription de privilège de vendeur ou de nantissement, conservent leur droit de suite sur le bien grevé, en quelque main qu'il passe. Nous pensons même qu'en dehors de toute déclaration de leur part, on doit, en plus du droit de suite qu'ils conservent sur le fonds de commerce, leur reconnaître un droit de gage général sur tout le patrimoine de la société bénéficiaire de l'apport, dans le cas où aucun associé ne demande l'annulation de la société ou de l'apport ; en effet, l'article 7 a pour but de permettre à la société de remédier au dol de l'apporteur, qui aurait dissimulé

une partie de son passif ; or, la créance régulièrement inscrite ne peut lui être inconnue, si elle a profité des dispositions que la loi met à sa disposition pour se renseigner, et elle ne doit pas ignorer que cette créance constitue une charge du bien qui lui est apporté. On ne peut donc refuser aux créanciers privilégiés les droits reconnus à de simples créanciers chirographaires : la loi n'a pas à prémunir les sujets de droits contre leur négligence conformément à la maxime *Vigilantibus jura subveniunt, non dormientibus*.

73. — Mais, quelles créances peuvent faire l'objet de la déclaration prévue par la loi ? L'article 7 ne répond pas à cette question. Par contre l'article 3 qui traite de la vente des fonds de commerce permet de faire opposition au paiement du prix à tout créancier du vendeur, que sa créance soit ou non exigible ; nous pensons qu'il y a lieu, par analogie, d'appliquer la même règle, à la condition toutefois que, par créance non exigible, on n'entende que les créances, dont l'exigibilité est suspendue par un terme certain. Nous ne pouvons admettre, comme le font certains auteurs (1), que le même droit soit reconnu aux tiers dont la créance est suspendue par une condition ; en effet cette créance n'existe pas juridiquement au moment de la déclaration, elle n'existera que lorsque la condition aura été réalisée ; de plus fréquemment ces créances conditionnelles, qui ne sont en réalité que des droits éventuels, ne sont pas liquides et le montant qui leur sera attribué dans la déclaration, ne pourra résulter que de l'arbitraire du créancier ; si de telles créances faisaient en grand nombre l'objet d'une déclaration, il serait à craindre que la situation, qui serait ainsi révélée à la société, fût complètement faussée par ces évaluations fantaisistes et que celle-ci ne pût se rendre compte du passif

(1) Houpin et Bosvieux, op. cit., t. I, p. 121 ; Cendrier, op. cit., n° 333.

exact grevant le bien qui lui est apporté. Ajoutons qu'au moment de la déclaration il n'y a pas lieu de justifier de l'existence de la créance ou de l'exactitude du montant indiqué ; le greffier doit se borner à enregistrer la déclaration, dont il délivre un récépissé, et c'est la société, à laquelle par la suite le paiement sera réclamé, qui procèdera à la vérification des créances déclarées. A cette époque il ne pourra pas être exigé par le créancier une somme supérieure à celle qui aura été inscrite dans la déclaration ; la loi, en effet, déclare, sous certaines réserves, la société solidairement tenue avec le débiteur principal au paiement du passif déclaré et justifié ; la dette de la société est donc irrévocablement fixée à l'expiration du délai prescrit pour les déclarations.

74. — Les mesures édictées par l'article 7 de la loi du 17 mars 1909 ont pour but immédiat de révéler à la société le passif chirographaire à l'acquittement duquel elle pourra être tenue, en plus du passif privilégié, dont elle est censée avoir déjà connaissance. Toutefois la loi n'a pas voulu que, par le seul fait de l'apport, la société fût déclarée débitrice de ce passif et elle a établi les règles suivantes. A l'expiration du délai de quinzaine imparti aux créanciers non déjà inscrits pour leur déclaration, s'ouvre un nouveau délai de même durée, pendant lequel tout coassocié de l'apporteur, peut, en raison de l'importance du passif ainsi apparu, demander l'annulation de la société ou de l'apport ; si aucun associé n'exerce cette faculté dans le délai prescrit ou si la demande en annulation est repoussée, la loi déclare alors la société bénéficiaire de l'apport tenue solidairement avec l'associé apporteur, débiteur principal, de tout le passif déclaré et justifié.

D'après les termes du dernier alinéa de l'article 7, cette demande en annulation ne peut être formée que par un coassocié de l'apporteur ; l'instance ne pourrait donc être introduite par

la société ; bien plus, c'est à elle-même que l'assignation devra être délivrée. Dans quels cas l'annulation doit-elle avoir pour objet le contrat de société lui-même et dans quels cas y a-t-il lieu de limiter l'objet de cette demande au seul apport ? En l'absence de précisions données par la loi, nous pensons qu'en cas d'apport à une société antérieurement constituée, il ne pourra jamais s'agir que d'une annulation de la convention d'apport, laquelle entraînera d'ailleurs celle de l'augmentation de capital, la validité de la constitution de la société ne pouvant être mise en jeu par un fait postérieur à cette constitution ; si par contre l'apport a été effectué à une société en formation, nous estimons que l'annulation de la société elle-même pourra être demandée et prononcée au cas où l'annulation de l'apport aura pour conséquence l'impossibilité de réaliser l'objet que la société a en vue lors de sa constitution. Il ne peut d'ailleurs pas être posé de règles strictes, quant à la solution à donner à la demande formée par le ou les associés ; les juges du fond ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation et ils peuvent, selon les faits de la cause, ou bien accorder l'annulation soit de la société, soit de l'apport, ou bien repousser complètement la demande. Ainsi, s'il était prouvé que l'apporteur ne s'est rendu coupable d'aucune dissimulation et que la société avait une connaissance à peu près exacte du passif grevant l'apport, nous pensons que le tribunal devrait déclarer mal fondée la demande du ou des coassociés.

75. — Il y a maintenant lieu d'examiner succinctement les conséquences de l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 7.

PREMIER CAS. *La société procède aux publications.* — Si aucun créancier n'effectue de déclaration, la société ne sera tenue que du passif privilégié inscrit sur le fonds de commerce antérieurement aux publications.

Dans le cas contraire, il y a lieu à distinction.

a) Certains coassociés ou l'un d'eux introduisent une instance en annulation. Si, en conséquence de cette demande, l'apport est annulé, le fonds de commerce rentrera dans le patrimoine de l'apporteur et à nouveau redeviendra le gage de ses créanciers. Si la société elle-même est déclarée nulle, diverses mesures s'imposeront pour l'étude desquelles nous renvoyons au chapitre de cette étude, dans lequel nous examinerons les conséquences de la nullité des sociétés.

b) aucune demande en annulation n'est formée ou la demande est déclarée mal fondée. La société sera alors tenue solidairement avec l'apporteur, débiteur principal, non seulement de tout le passif privilégié, mais encore de tout le passif chirographaire déclaré et justifié. Une telle conséquence peut sans doute paraître rigoureuse, surtout si l'on compare la situation ainsi faite à la société à celle, dont jouit l'acquéreur d'un fonds de commerce, qui n'est jamais tenu au delà de son prix d'achat. Cette différence de traitement peut, nous semble-t-il, s'expliquer ainsi : la loi a permis aux associés, lorsque le passif, dont ils apprennent l'existence par les déclarations, leur paraît trop élevé, de demander l'annulation, soit de la société, soit simplement de l'apport ; si aucune demande n'est formée ou si les tribunaux déclarent cette demande mal fondée, la loi présume que le passif, qui s'est révélé, est ou inexistant ou de peu d'importance, en tous cas inférieur au montant de la rémunération de l'apport, et en vertu de la règle *ubi emolumentum, ibi onus*, elle met le passif à la charge de la société, sauf son recours contre l'apporteur. Ces facilités ne sont pas données à l'acquéreur et des mesures de ce genre prises à son égard ne se justifieraient pas.

76. — DEUXIÈME CAS. *La société ne fait pas les publications prescrites par la loi.*

Dans cette hypothèse l'apport doit être déclaré inopposable

aux créanciers de l'apporteur, qui n'ont pas été informés de son existence dans les formes établies par la loi de 1909 et qui sont donc fondés à considérer le fonds de commerce comme n'étant pas sorti du patrimoine de leur débiteur. De cette règle qui, si elle n'est pas expressément formulée par la loi, est néanmoins généralement admise, on doit déduire que les créanciers pourront alors procéder à une saisie-exécution sur le fonds, objet de l'apport ; mais doit-on décider que là se borneront les droits des créanciers ? La réponse affirmative est commandée par l'application stricte des principes juridiques et l'état actuel des textes ; en effet, il n'y a pas eu de mutation valable à l'égard des créanciers ; ceux-ci conservent toujours leur droit de gage général de l'art. 2092 C. Civ. sur le fonds de commerce, comme par le passé ; il ne peuvent donc réclamer des droits qu'ils ne possédaient pas antérieurement, la situation n'étant pas modifiée en ce qui les concerne. Cependant la logique pure conduit parfois à des solutions injustes et nous estimons que c'est ici le cas : il pourra en effet se produire qu'une société reçoive l'apport d'un fonds de commerce grevé d'un passif supérieur à sa valeur ; si, par négligence ou pour toute autre cause, ses membres omettent de demander l'annulation ou si leur demande est repoussée, cette société sera tenue de tout le passif sans exception, alors qu'une société, qui n'aurait pas procédé aux publications prescrites, ne risquerait que de se voir expropriée du fonds de commerce et se trouverait libérée du montant des dettes de l'apporteur excédant la valeur du fonds ; une infraction aux prescriptions de la loi procurerait donc au contrevenant un avantage ! C'est pourquoi nous voudrions qu'il fût possible d'approuver juridiquement un arrêt de la Cour de Rouen du 22 février 1911 (J. S. 1912.223), qui a décidé qu'à défaut de publications la société bénéficiaire de l'apport d'un fonds de commerce doit être déclarée solidairement responsable avec l'appor-

teur de la totalité du passif grevant le fonds apporté (1), mais il serait pour cela indispensable que cette sanction fût ajoutée au texte de l'article 7 de la loi du 17 mars 1909.

77. — Nous avons jusqu'alors étudié l'apport en société d'un fonds de commerce constitué par un unique établissement ; or tel n'est pas toujours le cas : il peut se faire que le fonds de commerce envisagé comprenne, en plus de l'établissement principal, des établissements secondaires ou des succursales. Comment dans cette hypothèse s'appliquera la loi de 1909 ?

Si la société se constitue pour exploiter une entreprise industrielle ou commerciale dont les établissements ne se trouvent pas tous réunis dans le même arrondissement, l'article 59 de la loi du 24 juillet 1867, comme nous l'avons indiqué précédemment, oblige la société à procéder dans ces arrondissements divers à la publicité prescrite par les articles 55 et suivants de la même loi ; c'est donc à la suite de cette publicité que, conformément au premier alinéa de l'article 7 de la loi de 1909, les créanciers pourront effectuer au greffe de l'arrondissement de l'établissement secondaire ou de la succursale la déclaration prévue. Si par contre l'apport d'une telle entreprise est fait à une société déjà formée, nous estimons, comme déjà dit plus haut, que cette opération constituant une augmentation de capital soumise à publicité par la loi de 1867, on aurait pu appliquer à ce cas les mêmes règles qu'au précédent. Mais ce mode de procéder ne serait pas conforme aux textes actuellement en vigueur ; en effet, dans cette hypothèse le deuxième alinéa de l'article 7 renvoie à l'article 3, lequel d'ailleurs ne donne aucune réponse à la question posée ; c'est à l'article 4 qu'il y a lieu de se référer pour cela. Toutefois l'article 4 ne parle que de vente ou de

(1) Contra, Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 83, p. 124 ; Hémar, op. cit., p. 11, note 1.

cession et d'autre part l'article 7 n'a renvoyé qu'à l'article 3 et non aux articles 3 et 4. Est-il néanmoins possible de faire appel aux règles contenues dans l'article 4 ? Nous sommes d'avis de répondre par l'affirmative, car l'article 4 ne nous paraît être que l'application des formalités de l'article 3 au cas particulier d'une entreprise industrielle ou commerciale à établissements multiples (1). Il faudra donc procéder, dans ce cas, au lieu de l'établissement secondaire ou de la succursale, aux deux publications prescrites par l'article 3 et le délai de quinzaine imparti aux créanciers courra du jour de la seconde de ces deux publications.

78. — Tout ce qui précède suppose un apport pur et simple, c'est-à-dire rémunéré par des droits sociaux, mais l'apport pourrait être effectué à titre onéreux, l'actionnaire recevant en contre-partie ou de l'argent ou d'autres biens soustraits aux risques de l'entreprise ; l'apport pourrait même être mixte, le propriétaire du fonds de commerce étant désintéressé en partie par de l'argent ou d'autres biens, en partie par l'attribution de droits sociaux.

Selon nous, l'apport à titre onéreux doit être considéré comme une vente véritable, absolument étrangère aux prescriptions de l'article 7 de la loi de 1909, et dont les conséquences à l'égard des créanciers du vendeur font l'objet de l'article 3 de la même loi. Nous n'en dirons donc rien ici.

L'apport mixte réunissant à la fois certains caractères de la vente et de l'apport pur et simple, les créanciers pourront user des deux moyens que la loi de 1909 met à leur disposition et procéder soit par voie d'opposition dans les termes de l'article 3, soit par voie de déclaration au greffe selon les prescriptions

(1) V. dans ce sens Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 83, p. 120.

de l'article 7. Mais devront-ils obligatoirement avoir recours à ces deux procédures pour être admis à exercer l'intégralité de leurs droits ? Nous ne le pensons pas. Malgré la dualité des obligations de la société à l'égard de l'apporteur, la convention intervenue entre les parties n'en est pas moins indivisible ; l'opération juridique réalisée est l'apport d'un fonds de commerce en société et rien d'autre, et cela en dépit de certaines modalités particulières. Il nous paraît logique de décider qu'il suffira aux créanciers, pour conserver tous leurs droits, de faire dans les délais prescrits la déclaration prévue par l'article 7 de la loi de 1909.

79. — Tout apport en propriété d'un fonds de commerce en société se trouve ainsi soumis à une publicité ; au cas où la société ne recevrait que l'usufruit, les mêmes formalités à notre avis, devraient être remplies, l'usufruit devant être considéré comme une propriété démembrement. Mais que décider si seule la jouissance du fonds de commerce est mise en société ? Ainsi que nous l'avons indiqué dans le chapitre précédent, un tel apport ne fait acquérir à la société aucun droit réel et les obligations réciproques des parties se trouvent alors régies par les principes généraux du contrat de louage. Or aucun article de la loi du 17 mars 1909 ne fait allusion au bail d'un fonds de commerce, et, bien que cette lacune puisse paraître regrettable en raison des fraudes nombreuses qu'elle favorise, il ne nous paraît pas possible d'étendre les prescriptions édictées par la loi à des actes juridiques que celle-ci n'a pas eu en vue. Cette lacune n'est pas d'ailleurs demeurée inaperçue et un projet de loi destiné à modifier la loi du 17 mars 1909 et déposé au Sénat le 22 juillet 1912 mentionne le bail d'un fonds de commerce parmi les actes soumis à publicité.

80. — Nul ne conteste que la loi du 17 mars 1909 n'ait été

d'un secours efficace pour remédier, tout au moins en partie, aux nombreux abus, qui sévissaient avant sa promulgation. Une critique importante nous paraît cependant pouvoir lui être adressée, principalement dans le cas de l'apport d'un fonds de commerce à une société en formation. En l'état actuel des textes un tel apport n'est porté à la connaissance des tiers que par la publicité opérée dans les formes instituées par la loi du 24 juillet 1887, c'est-à-dire après la constitution définitive de la société. Or cette constitution définitive a, entre autres formalités, comporté la réunion d'une première assemblée qui a donné mandat à un commissaire, spécialement désigné à cet effet, d'établir un rapport précis sur la valeur exacte du fonds de commerce apporté, afin qu'une seconde assemblée pût, sur le vu de ce rapport, prendre, en connaissance de cause, une décision définitive au sujet de l'approbation de l'apport effectué. Le commissaire nommé aura dans la plupart des cas procédé à cette étude avec minutie et conscience, mais, abstraction faite du délai généralement trop court qui lui est accordé pour l'établissement de son rapport, il n'aura pu disposer au cours de son enquête, comme élément d'appréciation que d'une comptabilité peut-être incomplète ou même inexacte ; la valeur des conclusions du rapport présenté par lui sera donc subordonnée à l'exactitude des documents qui lui auront été fournis et il est difficile dans ces conditions de considérer comme justifiée la décision que prendra l'assemblée sur de telles informations. Il n'est, en effet, malheureusement pas impossible qu'après approbation de l'apport par la seconde assemblée constitutive, il se révèle, à l'occasion des déclarations effectuées par les créanciers, un passif de beaucoup supérieur à celui qu'aura pu apercevoir le commissaire aux apports. L'observation des règles édictées par l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 n'aura eu pour effet que l'accomplissement de nombreuses formalités dénuées de toute utilité pratique.

Il nous semble qu'il serait possible d'obvier à cet inconvénient, en exigeant que tout projet d'apport d'un fonds de commerce fût l'objet d'une publication antérieure aux formalités de constitution ou d'augmentation de capital ; cette publication serait faite au lieu de la situation du fonds et ferait courir le délai de quinzaine imparti aux créanciers pour effectuer leur déclaration. L'assemblée des actionnaires appelée ensuite à statuer sur l'approbation de l'apport prendrait alors une décision en réelle connaissance de cause. On pourra répondre que la faculté laissée aux actionnaires de demander l'annulation remédie à l'inconvénient grave que nous venons de signaler ; ce n'est, à notre avis, tout au plus qu'un pis aller, car on ne doit pas oublier que la publication de la loi de 1867 ne s'effectue en général qu'environ un mois après la date de la deuxième assemblée constitutive, qu'à ce moment seulement s'ouvre le délai de quinzaine accordé aux créanciers et qu'ainsi la valeur exacte de l'apport ne peut être connue d'une façon précise que six semaines après la constitution de la société ; qu'enfin l'annulation d'actes juridiques antérieurement conclus cause dans la domaine de la vie pratique de si hautes perturbations, que rien ne devrait être négligé pour réduire au minimum l'éventualité de telles mesures.

81. — Comme tout apport en société, celui d'un fonds de commerce fait naître à la charge de l'apporteur l'obligation de garantir la société, soit contre les vices cachés dont peut être affecté le fonds apporté, soit contre les troubles et évictions provenant ou de son fait ou de celui des tiers. Aucune règle particulière autre que celles signalées plus haut à l'occasion de l'examen de la loi du 17 mars 1909 n'est à mentionner à ce sujet ; toutefois la garantie du fait personnel revêt, en matière de vente ou d'apport d'un fonds de commerce, une forme spéciale, dont il n'est pas inutile de dire quelques mots. Parmi

les éléments dont se compose l'universalité, que constitue un fonds de commerce, il en est un particulièrement important, c'est la clientèle qui y est attachée ; or la majeure partie de cette clientèle, que l'ancien propriétaire a réussi à s'acquérir par ses qualités personnelles, continuait vraisemblablement à s'adresser à lui, s'il fondait ailleurs une entreprise similaire à celle apportée, et la société subirait ainsi un préjudice important. Aussi, est-il d'usage d'insérer dans les conventions des parties l'interdiction pour le vendeur ou l'apporteur d'exploiter à nouveau une entreprise semblable ou similaire à celle vendue ou apportée. Mais cette interdiction ne peut pas être absolue et de bonne heure la jurisprudence, s'appuyant sur le principe de la liberté du commerce ou de l'industrie a exigé pour la validité d'une telle clause, que celle-ci fût limitée dans le temps ou dans l'espace, frappant de nullité, comme contraires à l'ordre public, tous les accords conclus au mépris de cette règle. (Cass. 19 décembre 1860. S. 61.1.504 ; Cass. 3 mars 1868. D. 68.1.481 ; Cass. 30 mars 1885. S. 85.1.216 ; Cass. 9 janvier 1884. D. P. 85.1.32 ; Cass. 11 mai 1898. S. 98.1.465 ; Cass. 14 mars 1904. J. S. 1904.412).

Cependant la déclaration de nullité d'une de ces stipulations, de même que l'absence d'interdiction, n'a pas pour effet de laisser au vendeur ou à l'apporteur sa pleine liberté d'action ; l'obligation de garantie n'en subsiste pas moins et celui-ci doit s'abstenir de tout ce qui pourrait constituer de sa part un détournement de clientèle ou un trouble dans la paisible jouissance d'un des éléments cédés. Il s'agira alors d'une question de fait relevant du domaine de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ceci nous permet de conclure que les clauses d'interdiction reconnues valables, parce que limitées quant au lieu ou quant à la durée, n'ont en réalité qu'une utilité pratique : éviter les contestations ultérieures qui pourraient dégénérer en de longs et de coûteux procès.

SECTION 3.

Des Navires

82. — Aucun texte n'a réglementé, comme le fait de la loi du 17 mars 1909 pour les fonds de commerce, l'apport en société des navires ou bâtiments de mer ; il ne faudrait cependant pas conclure de ce fait qu'un tel apport est uniquement réglé par les règles du droit commun. En effet, si l'apport en société des navires n'a pas retenu l'attention du législateur, les mutations de propriété, dont ils peuvent être l'objet, ont été par contre soumises à des prescriptions particulières. Or nous avons déjà indiqué que, tout au moins en droit civil, l'apport en société réalisait, au profit de l'être moral, un transfert de propriété. Il y a donc lieu d'appliquer en notre matière les règles spéciales édictées en vue des transmissions dont les navires peuvent être l'objet.

83. — Ces règles sont contenues dans la loi du 27 vendémiaire An II, articles 17 et 18, ce dernier article ayant été modifié par la loi du 23 novembre 1897.

L'article 18 indique que « tout acte de vente de bâtiment « ou de partie de bâtiment contiendra : 1° le nom et la désignation du navire, 2° la date et le numéro de l'acte de francisation, 3° la copie *in extenso* des extraits dudit acte, relatifs « au port d'attache, à l'immatriculation, au tonnage, à l'identifié, à la construction et à l'âge du navire ». Toutes les indications ci-dessus devront donc figurer, soit dans les statuts de la société soit, s'il y a lieu, dans l'acte séparé constatant l'apport du navire à la société. Aucune sanction toutefois n'est attachée à l'inobservation des prescriptions de l'article 18, lesquelles n'ont comme but que d'individualiser aussi parfaitement que possible le navire, objet de la mutation.

Autrement importantes sont les règles qu'impose l'article 17 de la même loi et dont l'ensemble constitue la formalité désignée sous l'appellation de mutation en douane. Aux termes de cet article « les ventes de partie du bâtiment seront inscrites au « dos de l'acte de francisation par le préposé du bureau, qui « en tiendra registre... » Cette mutation en douane exige donc la mention du transfert de propriété : 1° au dos de l'acte de francisation du navire, 2° sur le registre de la recette principale des douanes du port d'attache. De même que la transcription ordonnée par la loi du 23 mars 1855 en matière immobilière et les publications prescrites par la loi du 17 mars 1909 en cas d'apport en société d'un fonds de commerce, cette formalité de la mutation en douane opère seule à l'égard des tiers une transmission régulière de la propriété du navire. A son défaut les créanciers de l'apporteur seraient autorisés à considérer le navire comme n'étant pas sorti du patrimoine de leur débiteur et par conséquent à en opérer la saisie entre les mains de la société (Cass., 24 avril 1893. S. 97.1.515). Il a même été jugé (Rouen, 25 juin 1926. Revue de droit français, commercial, maritime et fiscal 25.9.1926) qu'à défaut de la publicité exposée ci-dessus, le consentement et l'acte écrit de vente, même entre parties, ne transfèrent pas la propriété, mais ne sont que générateurs d'obligations. Cet arrêt cependant nous paraît contestable; en effet le transfert de propriété réalisé entre les parties contractantes par le seul effet du consentement constitue un des principes fondamentaux de notre droit et l'absence d'un texte formel dérogeant en notre matière à ce principe ne nous permet pas d'adopter la thèse soutenue par l'arrêt de la Cour de Rouen.

84. — Bien que déclarés meubles par la loi, les navires d'au moins 20 tonneaux sont, depuis la loi du 10 décembre 1874, modifiée par celle du 10 juillet 1885, susceptibles d'hypothèque.

ques, étant indiqué que la loi du 30 décembre 1925 a étendu cette mesure aux navires de 3 à 20 tonneaux, mais exclusivement au profit des sociétés de crédit maritime et de l'Etat pour la garantie du remboursement de leurs prêts ou avances. Les hypothèques maritimes sont, aux termes de l'article 6 de la loi du 10 juillet 1885, rendues publiques par une inscription sur un registre spécial tenu par le receveur principal des douanes du port d'attache du navire et ne sont opposables aux tiers qu'autant que la formalité de l'inscription a été accomplie. Il sera donc prudent que les fondateurs en cas d'apport à une société en formation, le ou les gérants ou les administrateurs en cas d'apport à une société déjà formée, demandent au bureau des douanes compétent un état des inscriptions existant sur le navire, afin d'être exactement renseignés sur l'importance du passif privilégié que la société pourrait avoir à acquitter.

85. — Les règles précédentes s'appliquent exclusivement aux bâtiments de mer ; en ce qui concerne les bâtiments servant à la navigation intérieure, qui étaient autrefois régis par les règles du droit commun, il y a lieu maintenant de faire appel aux diverses prescriptions de la loi du 5 juillet 1917 sur l'immatriculation des bateaux de rivière et l'hypothèque fluviale. Tout bateau de navigation intérieure d'un tonnage égal ou supérieur à 20 tonnes doit être jaugeé et immatriculé à la requête du propriétaire (art. 19). Cette immatriculation consiste dans l'inscription du bateau avec un numéro d'ordre sur un registre matricule spécial tenu au bureau d'immatriculation, auquel est rattaché le bureau qui a effectué le jaugeage du bateau (un bureau d'immatriculation a dans son ressort plusieurs bureaux de jaugeage) ; cette inscription indique le nom du bateau, ses diverses caractéristiques, le bureau de jaugeage, ainsi que les nom, prénoms, profession, domicile et nationalité du propriétaire (art. 3). Les registres d'immatriculation sont publics. Enfin aucun bateau ne peut naviguer sans être muni d'un certificat d'imma-

trication et ce à peine d'une amende de 100 à 300 francs à la charge du capitaine ou patron et du propriétaire solidairement (art. 6). D'autre part la même loi dans son article 11 a déclaré susceptibles d'hypothèques les bateaux de navigation fluviale d'un tonnage égal ou supérieur à 20 tonnes ; de plus l'article 16 stipule que tous actes ou jugements translatifs, constitutifs ou déclaratifs de propriété ou de droits réels, sur les mêmes bateaux seront rendus publics par une inscription faite à la requête de l'acquéreur ou du créancier sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce du lieu de l'immatriculation et qu'ils n'auront d'effet à l'égard des tiers qu'à dater de cette inscription ; mention en devra être faite par le greffier sur le certificat d'immatriculation ainsi que sur l'acte translatif de propriété ou constitutif de droits réels.

Il faudra donc, en cas d'apport en société d'un bateau visé par la loi du 5 juillet 1917, 1° prendre connaissance, au greffe du tribunal de commerce du lieu de l'immatriculation, des droits réels existant sur ce bateau, 2° se faire remettre par l'apporteur le certificat d'immatriculation, 3° veiller à ce que le passage des statuts relatifs aux apports mentionne bien toutes les indications exigées par l'article 3 de la loi et 4° requérir au même greffe l'inscription de la mutation de propriété opérée au profit de la société par suite de l'apport. L'absence de cette dernière formalité produirait dans les rapports de la société avec les tiers les mêmes conséquences que le défaut de mutation en douane pour les bâtiments de mer.

SECTION 4.

Des Concessions des Travaux Publics

86. — La concession de travaux publics « est un contrat par lequel un industriel s'engage à effectuer ou à entretenir un

« travail public et reçoit en retour, avec la charge d'exploiter « le service auquel ce travail est destiné, le droit d'en percevoir les bénéfices durant une période déterminée » (1). Un tel contrat est assurément susceptible de constituer un apport valable en société, mais sa nature particulière de contrat de droit public a pour effet de subordonner la validité de cet apport à l'observation de règles très spéciales et rigoureuses. Parmi celles-ci la règle fondamentale, tenant à la nature juridique même du contrat conclu *intuitu personæ*, est qu'aucune concession administrative quelle qu'elle soit ne peut être cédée par le concessionnaire sans l'assentiment de l'autorité concédante ; toute cession par voie de vente ou d'apport en société faite sans autorisation est frappée d'une nullité d'ordre public et demeure sans effet. Dans la plupart des cas d'ailleurs le cahier des charges mentionne cette prohibition, mais un avis du Conseil d'Etat du 17 février 1876 a décidé que, même en l'absence d'une telle stipulation, il était interdit en raison de la nature même du contrat de céder une concession de travaux publics. (Dalloz, Code des lois politiques et administratives, v^o travaux publics, p. 616, n^o 8571, D. P. 78.4.62, note 1). Mais cette prohibition devrait-elle encore être appliquée au cas où le concessionnaire céderait à un tiers non la concession elle-même, mais simplement le droit d'exploiter la concession ? Nous pensons que les motifs invoqués pour s'opposer à la libre cession de la concession sont encore valables pour interdire une telle convention sans autorisation. (Cass. 3 mai 1924, Gaz. Pal, 17 juin 1924). Diverses causes ont, en effet, déterminé la décision de l'autorité concédante, qui a considéré à la fois l'honorabilité, la solvabilité, les qualités techniques, etc... des divers candidats en présence, avant de faire choix de tel ou tel concessionnaire ; la manière dont les travaux seront effectués et dont l'exploitation du servi-

(1) H. Berthélemy. Traité élémentaire de droit administratif, 10^{me} édit. in-8°, Paris, 1923, p. 629.

ce public envisagé sera ensuite assurée n'est pas indifférente à l'administration, dont les sages précautions seraient réduites à néant, si la simple cession du droit à l'exploitation était librement autorisée (1).

C'est pourquoi, en raison de ces diverses restrictions aux droits du concessionnaire, nous estimons que toute société recevant à titre d'apport une concession de travaux publics, dont l'exploitation constituera son objet social, devrait être conclue sous la condition suspensive de la ratification de cet apport par l'autorité compétente.

87. — Les règles à observer lors de la cession variant avec l'objet de la concession, nous les indiquons ci-après :

A. — *Chemins de fer.*

La création et l'exploitation de toute ligne de chemin de fer, soit d'intérêt général, soit d'intérêt local, qui doivent entraîner une dépense quelconque pour le trésor, sont autorisées par une loi. Si aucun subsidie ne doit être fourni par l'Etat, une loi est encore nécessaire lorsqu'il s'agit de chemins de fer d'intérêt général comportant une longueur de voies de plus de vingt kilomètres, mais un décret délibéré en Conseil d'Etat sera suffisant pour les embranchements de chemins de fer d'intérêt général de moins de vingt kilomètres ainsi que pour les chemins de fer d'intérêt local (Loi du 27 juillet 1870, art. 1. — Loi du 31 juillet 1913, art. 10). L'autorité compétente pour approuver les traités de cession est la même que celle qui a le pouvoir d'approuver la concession (2).

La loi du 31 juillet 1913, abrogeant la loi du 11 juin 1880 et

(1) Dans ce sens : Picard, *Traité des chemins de fer*, 4 v. in-8°, 1887, t. 2, p. 163. En sens contraire : Aucoc (Conférences sur l'administration et le droit administratif, 3 v., in-8°, Paris, 1885-86, t. 3. n° 1333) qui assimile cette cession qu'il appelle traité d'exploitation, aux sous-traités passés par le concessionnaire pour l'exécution des travaux.

(2) Picard, op. cit., t. 2, pp. 157 et 160.

dont les prescriptions s'appliquent à la fois aux voies ferrées d'intérêt local et aux tramways, a établi certaines règles particulières qu'il nous paraît indispensable de signaler. Tout d'abord c'est l'obligation, pour le concessionnaire, au cas où la concession n'aurait pas été directement accordée à une société anonyme, de se substituer dans le délai de six mois à dater de la promulgation de la loi ou de la signature du décret une société anonyme, avec laquelle il demeurera solidaire pendant dix ans (art. 26). Le législateur a en effet estimé que l'exploitation d'une ligne de chemin de fer devait être assurée pour une période de temps plus longue que la durée normale de la vie humaine et, dans le même ordre d'idées, certains avis du Conseil d'Etat ont estimé qu'il serait contraire au but visé de permettre aux sociétés anonymes concessionnaires de se réserver dans leurs statuts la faculté de dissolution anticipée avant le terme prévu pour l'expiration de la concession ou avant une fusion régulièrement autorisée, sauf toutefois le cas de perte des trois quarts du capital social mentionné par l'article 37 de la loi du 24 juillet 1867. De plus, les conseils d'administration des sociétés de voies ferrées d'intérêt local devront être composés en majorité de français ou de naturalisés français (Art. 26). L'article 28, après avoir réglé les conditions dans lesquelles la société concessionnaire pourra émettre des obligations, précise que le capital-actions devra être effectivement versé, sans qu'il puisse être tenu compte des actions libérées ou à libérer autrement qu'en numéraire. Enfin l'article 33 stipule que toute cession totale ou partielle de la concession doit être approuvée par décret délibéré en conseil d'Etat, rendu sur l'avis conforme du conseil général, s'il s'agit de lignes concédées par les départements, ou du conseil municipal, dans le cas de lignes concédées par les communes.

88. — En plus de ces diverses prescriptions on doit mentionner la prohibition contenue dans l'article 11 de la loi du 15 juil-

let 1845, relative au chemin de fer de Paris à la frontière de Belgique, ledit article ainsi conçu : « Les fondateurs de la Compagnie n'auront droit qu'au remboursement de leurs avances, « dont le compte appuyé des pièces justificatives aura été « accepté par l'assemblée générale des actionnaires... » La question est vivement controversée de savoir si cette loi est toujours en vigueur et, dans l'affirmative, s'il y a lieu d'en limiter les effets aux concessions de chemins de fer ou au contraire de l'appliquer à toutes les concessions de travaux publics. Sur le premier point on a soutenu que cette loi avait été implicitement abrogée par la promulgation de la loi du 24 juillet 1867, laquelle a supprimé l'autorisation préalable (1). Cet argument ne nous paraît pas décisif, car en vertu de l'adage « *generalia specialibus non derogant* » la loi de 1867 n'a eu pour effet que de rendre libre pour l'avenir la formation des sociétés anonymes et non d'abolir certaines prescriptions qu'antérieurement le législateur a édictées pour la constitution régulière de sociétés ayant un objet déterminé. On peut d'ailleurs ajouter que le titre II de la loi du 24 juillet 1867 relatif aux sociétés anonymes n'a abrogé que les articles 31, 37 et 40 du Code de Commerce ainsi que la loi du 23 mai 1863 (2). Un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 18 juin 1879, confirmé par arrêt de la Cour de Paris en date du 29 juillet 1881 (Gaz. des Trib. 7 août 1881) a d'ailleurs jugé que l'apport d'une concession de chemin de fer d'intérêt général, fait en contravention de la disposition de l'article 11 de la loi du 15 juillet 1845, était frappé d'une nullité d'ordre public.

Si l'on admet que cette loi doit encore être respectée, y a-t-il lieu d'en étendre l'application à l'apport en société de toutes les concessions de travaux publics ? Certains auteurs paraissent

(1) Répertoire général alphabétique du Droit Français, v° chemin de fer, n° 314.

(2) Picard, op. cit., t. 2. p. 137.

admettre cette extension (1) ; d'autres estiment que les dispositions de l'article 11 de la loi du 15 juillet 1845 ne concernent que les chemins de fer (2). A l'appui de la première opinion on invoque certaines lois relatives à des concessions de travaux publics, autres que les chemins de fer, et qui ont spécialement autorisé les fondateurs des sociétés concessionnaires à se réserver une part dans les bénéfices desdites sociétés, à raison de leur seule qualité de fondateurs. (Voir loi du 13 décembre 1893, modifiant celle du 9 juillet 1892, déclarant d'utilité publique la distribution d'énergie électrique provenant de la chute d'eau dérivée du Rhône en amont de Lyon ; loi du 30 mars 1898 sur le chemin de fer Métropolitain) ; si la prohibition de la loi de 1845 ne concernait pas ces concessions, dit-on, il était inutile d'autoriser une mesure que la loi fondamentale de 1867 sur les sociétés anonymes n'a jamais interdite. Cette théorie se trouve d'ailleurs encore confirmée par l'exposé des motifs de la loi du 13 décembre 1893, où l'on peut lire : « Le gouvernement constate
« qu'il est de principe dans notre législation, qu'une concession
« de travaux publics ne peut être l'objet d'aucun prix au profit
« des concessionnaires, lorsqu'elle est transmise par ceux-ci à la
« société constituée en vue de la mettre en valeur. Ce principe
« inscrit pour la première fois dans la loi relative à la concession du chemin de fer d'Orléans a été généralisée par son
« introduction dans les lois du 15 juillet 1845 sur les chemins
« de fer d'intérêt général et du 11 juin 1880 sur les chemins
« de fer d'intérêt local et le Conseil d'Etat en rédigeant la loi
« du 9 juillet 1892, le Gouvernement en la proposant, ont marqué nettement leur volonté de maintenir ce principe dans sa
« généralité ».

(1) Pic, *op. cit.*, n° 19 ; Arthuys, *op. cit.*, n° 54, note 4.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 708 bis ; Aucoc, *op. cit.*, t. 3, n° 1294.

Nous reconnaissons toute la force de ces arguments, qui démontrent de façon péremptoire qu'il était bien dans l'intention, non seulement du Gouvernement, mais encore des législateurs, qui ont voté en 1893 une loi précédée d'un tel exposé des motifs, d'appliquer à toutes les concessions de travaux publics la prohibition de l'article 11 de la loi du 15 juillet 1845. Mais l'intention du législateur, même exprimée aussi clairement, n'a pas à notre avis force de loi, tant qu'elle ne s'est pas manifestée dans un texte régulièrement voté par le Parlement et promulgué par le pouvoir exécutif. De plus il nous apparaît difficile d'étendre l'effet de cette disposition, qui, en raison de sa nature exceptionnelle, doit être, selon un principe constant, interprétée restrictivement. Enfin nous ne considérons pas que le quatrième alinéa de l'art. 28 de la loi du 31 juillet 1913 ait soumis à cette disposition les sociétés concessionnaires ou cessionnaires de concession de chemins de fer d'intérêt local, car, quel que soit le sens que l'on puisse attribuer à ce texte, il n'est pas possible d'y trouver l'interdiction de créer, par exemple, des parts bénéficiaires au profit des fondateurs, mesure qui constitue une contravention aux prescriptions de l'art. 11 de la loi du 15 juillet 1845. Si l'état actuel des textes nous oblige à conclure ainsi, nous n'en désirons que plus vivement qu'une prochaine et formelle disposition législative, justifiant la jurisprudence en majorité favorable à l'extension de la loi du 15 juillet 1845 (1), à la fois vienne mettre un terme à l'incertitude qui subsiste et rende définitivement impossible les abus éventuels, dont les bénéficiaires tenteront jusque là de démontrer la licéité.

89. — B. *Entreprises ayant pour but l'utilisation de l'énergie hydraulique.*

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 16 octobre 1919, nul

(1) Voir Paris, 22 juillet 1880 (J. S. 1882.102) ; Trib. Seine, 26 novembre 1885 (R. S. 1888.187) ; Conseil d'Etat, 4 mars 1897 (R. S. 1897.195.)

ne peut disposer de l'énergie des marées, des lacs et des cours d'eau, quel que soit leur classement, sans une concession ou une autorisation de l'Etat. Le régime de la concession s'applique, soit aux entreprises ayant pour objet principal la fourniture de l'énergie à des services publics et dont la puissance maximum excède 150 kw, soit aux entreprises, dont la puissance maximum est supérieure à 500 kw ; toutes les autres entreprises sont soumises au régime de l'autorisation (art. 2).

Suivant les distinctions établies par l'article 3, la concession est instituée soit par une loi, soit par un décret rendu en Conseil d'Etat. Le concessionnaire peut être tenu par une clause du cahier des charges de se substituer une société anonyme dans un délai déterminé ; cette substitution doit être approuvée par un décret rendu en Conseil d'Etat (art. 11). Enfin, toute cession totale ou partielle de concession, ainsi que tout changement de concessionnaire, ne peut avoir lieu qu'après approbation donnée par décret en Conseil d'Etat (art. 12).

Pour les entreprises autorisées et non concédées l'autorisation est délivrée par arrêté préfectoral, quel que soit le classement du cours d'eau, exception faite pour les canaux de navigation ou les rivières canalisées, auquel cas un décret est nécessaire lorsque la durée de l'autorisation excède cinq ans. Toute cession totale ou partielle d'autorisation, tout changement de permissionnaire, doit, pour être valable, être notifié au préfet qui, dans les deux mois de cette notification, devra en donner acte ou signifier son refus motivé ; cette disposition ne s'applique pas aux ventes en justice (art. 16).

Enfin l'article 26 stipule qu'aucune concession ou autorisation ne peut être accordée, de même qu'aucune cession ou transmission de concession ou d'autorisation ne peut être faite, qu'aux seuls français. Si le concessionnaire ou le permissionnaire est une société, celle-ci doit avoir son siège social en France et être régie par les lois françaises. De plus le président

du Conseil d'administration, les administrateurs-délégués, les gérants, les directeurs ayant la signature sociale, les commissaires aux comptes et les deux tiers soit des associés en nom collectif, soit des administrateurs, soit des membres du Conseil de direction ou du conseil de surveillance, doivent être français.

90. — C. — *Entreprises minières.*

C'est par un décret en Conseil d'Etat qu'est délivrée la concession d'exploitation d'une mine (Loi du 21 avril 1810, art. 5). Aucune condition particulière n'est exigée par la loi de celui qui sollicite la concession ; la nationalité française n'est même pas requise ; la concession pourra donc être accordée à un particulier ou à une société ou même à une association jouissant de la personnalité morale. L'article 7 de la loi du 21 avril 1810 indiquait que l'acte de concession conférait au bénéficiaire la propriété perpétuelle de la mine, mais la loi du 9 septembre 1919 a apporté une profonde modification à cette règle, en décidant dans son article 2 qu'à l'avenir la durée des concessions sera de quatre-vingt-dix-neuf ans au maximum et qu'à l'expiration des concessions les mines reviendront à l'Etat (art. 1). Le concessionnaire n'a donc plus un droit de propriété sur la mine, il n'est que titulaire d'un droit immobilier, qui, comme tel, est susceptible d'hypothèque.

L'article 7 de la loi du 21 avril 1810 considérait la mine comme un bien disponible entre les mains du concessionnaire et pouvant être transmis librement par celui-ci ; il s'opposait seulement dans l'intérêt de l'industrie minière au morcellement de la mine sans une autorisation préalable du Gouvernement, qui devait être donnée dans les mêmes formes que la concession. Mais l'article 138 de la loi de finance du 13 juillet 1911 a complètement modifié cette disposition. Désormais « les mutations » de propriété, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, et les amodiations de concessions minières par acte

« entre vifs ne peuvent être effectuées que si elles ont été autorisées par un décret rendu sur avis conforme du Conseil d'Etat. Tous actes faits en violation des dispositions du présent article sont nuls et de nul effet et peuvent donner lieu au retrait de la concession. Le retrait de la concession fera l'objet d'un décret rendu en Conseil d'Etat ». Cette disposition n'est d'ailleurs que l'application aux concessions minières du principe général que nous avons signalé au début de la présente section et suivant lequel la cession de toute concession administrative, ladite cession ne porterait-elle que sur le droit d'exploitation, doit pour être valable recevoir l'assentiment ou tout au moins la ratification de l'autorité concédante.

SECTION 5

Des Créances

91. — C'est dans son sens le plus large que doit être entendu le mot « créances » servant de titre à la présente section ; il comprend donc non seulement les obligations de sommes d'argent, mais encore toutes les obligations de donner ou de faire auxquelles peut être soumis un débiteur à l'égard de son créancier.

92. — La cession d'un droit de créance est parfaite entre les parties contractantes par le seul effet du consentement, mais, d'après l'article 1690 du Code Civil le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification de la cession faite au débiteur ou par l'acceptation de ladite cession faite par le débiteur dans un acte authentique. Ces formalités

sont-elles applicables au cas d'apport d'un droit de créance en société ? L'affirmative est enseignée par la majorité de la doctrine (1) suivie d'ailleurs par de nombreuses décisions de jurisprudence (2). Toutefois cette solution a été contestée. Guillaud (op. cit., n° 178), considérant que les mots transport et cession sont synonymes de vente, soutient qu'il n'y a pas lieu d'étendre les formalités prescrites par l'article 1690 à des opérations juridiques autres que celles visées par cet article. Nous pensons au contraire que les mots transport et cession, employés indifféremment par le Code Civil au chapitre VIII du titre de la vente, visent tous actes juridiques opérant mutation de propriété entre les parties. Or c'est là tout au moins en droit civil un des effets de l'apport en société. De plus l'art. 1690 ne peut être considéré comme instituant une procédure destinée à régir un acte juridique particulier ; il édicte au contraire une mesure générale à laquelle sont soumises, pour leur validité à l'égard des tiers, toutes les mutations de propriété ayant un droit de créance pour objet ; il serait donc incompréhensible que l'apport en société échappât à cette prescription.

93. — La société est donc réputée n'acquérir à l'égard des tiers la propriété de la créance, qui lui est apportée, que lorsque signification de cet apport a été délivrée au débiteur ou que celui-ci a déclaré dans un acte authentique accepter cet apport. Le défaut d'exécution de ces formalités autoriserait les créanciers de l'apporteur à considérer la créance comme faisant encore partie du patrimoine de leur débiteur et en conséquence à former valablement saisie-arrêt entre les mains du débiteur de

(1) Pont, op. cit., n° 259 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., n° 21 ; Baudry et Wahl, op. cit., n° 175 ; Arthuys, op. cit., n° 52 ; Pic, op. cit., n° 34.

(2) Cass. 28 avril 1869 (S. 69.1.313) ; Cass. 24 décembre 1894 (J. S. 1895. 60) ; Paris, 18 décembre 1884, (D. 86. 2.15) ; Trib. Seine, 8 avril 1905. (J. S. 1906.139).

la créance. Toutefois il a été jugé (Cass, 7 juillet 1897, S. 98.1.113.) que le créancier d'un associé, qui aurait eu une connaissance *spéciale et personnelle* de l'apport par cet associé de fermages à lui dûs, ne peut se prévaloir du défaut de signification pour pratiquer une saisie-arrêt sur ces fermages. Nous ne contesterons pas que cet arrêt ne réponde à de louables considérations d'équité, mais sans nous arrêter aux difficultés que présenterait, en l'absence de caractéristiques précises fournies par le législateur, le fait de savoir si le créancier a bien eu la connaissance « spéciale et personnelle » mentionnée par l'arrêt du 7 juillet 1897, nous devons reconnaître que cette décision n'est pas conforme aux textes actuellement en vigueur. C'est sans doute de l'excellent droit prétorien, dont on peut souhaiter voir la solution prochainement confirmée par une intervention du législateur, mais qui ne saurait s'imposer au juriste soucieux de respecter les textes. Nous ne pensons cependant pas que c'est dans ce sens que devrait s'orienter une modification législative : il est en effet possible que les règles prescrites par l'article 1690 aient été observées et que, malgré cela, les tiers ne soient pas informés de la cession de créance que ces mesures ont pour but de révéler ; l'application de la théorie développée par l'arrêt ci-dessus conduirait alors logiquement à décider que les créanciers pourront continuer à pratiquer des saisies-arrêts valables entre les mains du débiteur de la créance cédée ! C'est pourquoi la réforme désirable devra principalement instituer en faveur des tiers une publicité vraiment efficace et décider que, dans tous les cas, seule cette publicité accomplie transférera la propriété au cessionnaire à l'égard des tiers. Certes, en raison de la nature même du bien qui en doit faire l'objet, le choix de ce mode de publicité présente de grandes difficultés ; nous croyons cependant que 1° la transcription de toutes cessions de créances sur un registre spécial tenu au greffe du Tribunal civil du domicile du cédant, 2° une publication de la cession dans un

journal d'annonces légales du ressort du même tribunal permettraient d'atteindre le but poursuivi. En ce qui concerne particulièrement les apports en société, ces mesures seraient complétées par l'obligation d'énoncer en détail (nom et domicile du cédant, nom et domicile du débiteur, montant de la créance, montant de la rémunération), les créances apportées dans l'extrait prescrit par les articles 56 et suivants de la loi du 24 juillet 1867.

Les formalités de l'article 1690 ne sont toutefois pas applicables à tous les apports de créances en société. Le droit commercial ayant prévu pour certaines créances des modes de transmission particuliers, il y a lieu de s'y conformer. C'est ainsi que les effets de commerce (lettres de change, billets à ordre, warrants), les connaissements à ordre, les titres à ordre seront transmis valablement par endossement et que pour les titres nominatifs on devra avoir recours à la formalité du transfert sur les registres de la société.

94. — Comme tout apport, celui d'une créance engendre une obligation de garantie envers la société. Quelle est l'étendue de cette garantie ? En cette matière la majorité de la doctrine (1) est d'accord pour appliquer les articles 1693 et suivants du Code Civil, aux termes desquels le cédant ne garantit que l'existence de la créance, en l'absence de clauses particulières, et ne répond, pour le cas où il s'y serait engagé, que de la solvabilité actuelle du débiteur, sauf stipulation contraire. Il a cependant été jugé (Limoges, 2 juillet 1897, sous Cass. 7 novembre 1899, S. 1901.1.513, avec notes de MM. Wahl et Thaller.) que les règles de la garantie, en matière de cession de créances, ne sont pas applicables à l'apport en société et que l'apporteur d'une créance tenu de verser intégralement sa mise sociale devait

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 20 ; Baudry et Wahl *op. cit.*, n° 186 bis ; Arthuys, *op. cit.*, n° 52 ; Pic, *op. cit.*, n° 32.

répondre de la solvabilité future du débiteur. L'associé est en est en effet tenu de verser intégralement sa mise sociale, mais dans le cas actuel cette mise consiste, non pas en une somme d'argent déterminée, mais dans une chose incorporelle que la deuxième assemblée constitutive a, sauf le cas de dol ou de fraude, souverainement et définitivement évaluée ; si donc l'associé a effectué à la société délivrance régulière de cette chose incorporelle, il doit être réputé avoir intégralement libéré les actions qui lui sont attribuées en représentation de son apport. Le motif invoqué par l'arrêt précité de la Cour de Limoges ne nous paraît donc pas pouvoir être retenu. Nous renvoyons d'ailleurs à ce sujet aux arguments cités (supra n° 60) dans la section 1 du présent chapitre, relative aux immeubles, et si clairement exposés par M. Wahl dans sa note sous Cass. 3 janvier 1900. (S 1901.1.321). Nous en concluons que les règles relatives à la garantie en matière de cession de créance doivent être appliquées au cas d'apport en société.

SECTION 6.

Des Droits de Propriété Industrielle

A. — *Brevets d'invention.*

95. — Aux termes de l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844, sur les brevets d'invention, modifiée par la loi du 26 décembre 1908, « la cession totale ou partielle d'un brevet, soit à titre « gratuit, soit à titre onéreux ne pourra être faite que par acte « notarié et après le paiement de la totalité de la taxe déterminée par l'article 4. — Aucune cession ne sera valable, à « l'égard des tiers, qu'après avoir été enregistrée au secrétariat « de la préfecture du département dans lequel l'acte aura été

« passé. — L'enregistrement des actes passés dans le département de la Seine aura toutefois lieu dans les bureaux de « l'Office de la propriété industrielle ». D'autre part dans son article 4, la loi du 26 juin 1920 stipule qu'« aucune transmission de propriété, aucune cession ou concession de droit « d'exploitation ou de gage relativement à un brevet, ne sera « valable à l'égard des tiers qu'après avoir été inscrite sur le « registre spécial des brevets d'invention, tenu à l'Office national de la propriété industrielle, où sont mentionnés les noms « et adresses des titulaires cessionnaires ou concessionnaires des « brevets, ainsi que toutes les indications ou notifications relatives aux actes affectant la propriété des brevets ». Ces diverses formalités doivent-elles être observées en cas d'apport en société d'un brevet d'invention ?

96. — En raison des termes mêmes de la rédaction de la loi du 26 juin 1920, il est unanimement admis que l'inscription à l'Office national de la propriété industrielle de l'apport en société d'un brevet d'invention est nécessaire pour rendre cet apport opposable aux tiers. Mais en ce qui concerne l'accomplissement des prescriptions de la loi du 5 juillet 1844, il existe entre la doctrine et la jurisprudence une divergence d'opinion complète. Dans une longue suite d'arrêts (Cass. 24 mars 1864. S. 64.1.374 ; Cass. 24 novembre 1866. D. 68.5.43 ; Cass. 19 juin 1882. S. 83 I. 17 ; Cass. 22 mars 1898. S. 1903.1.86 ; Cass. 11 mars 1911. J. S. 1912, 58), la Cour de Cassation a, en effet, jugé que ces formalités n'étaient pas applicables aux apports en société et notamment dans l'arrêt du 19 juin 1882 précité elle a décidé que l'apport dans une société de commerce de la propriété d'un brevet d'invention ne peut être assimilé à une cession, tous les objets qui, par suite de l'apport, composent l'actif d'une société appartenant indivisément à tous les associés ; que par suite l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844, aux termes duquel la cession doit être constatée par acte notarié et enregis-

trée au secrétariat de la préfecture, n'est pas applicable à l'apport ; spécialement que l'associé, qui a fait l'apport, ne peut, après la dissolution de la société et pour s'opposer à la vente du brevet opérée par le liquidateur, alléguer le défaut d'accomplissement des formalités de l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 et soutenir que, par suite de cette omission, il est resté propriétaire de son brevet. Il nous paraît difficile de soutenir que l'apport en propriété à une société ne puisse être assimilé à une cession ; la jurisprudence n'a jamais contesté la personnalité morale au moins des sociétés commerciales et le droit civil a toujours admis que l'apport avait pour effet d'opérer un transfert de propriété de la tête de l'apporteur sur celle de l'être moral société ; la société devenant propriétaire, il ne saurait être question de considérer l'apport comme l'objet d'une indivision créée au profit de tous les associés. Même en admettant la thèse de la jurisprudence, à savoir que l'apport ne fait pas perdre à l'associé la propriété du bien apporté, mais a simplement pour effet de transformer son droit de propriété antérieur en un droit de co-propriété, hypothèse qui nous amène logiquement à considérer aussi l'apport à des sociétés civiles ne jouissant pas de la personnalité morale et dont les membres en conséquence deviennent propriétaires indivis du fonds social, il n'est pas possible de réaliser l'accord entre les décisions citées plus haut et le texte de la loi ; l'article 20, en effet, vise aussi bien la cession totale que la cession particulière ; or, on ne peut refuser de voir une cession partielle dans un apport, dont l'effet est au moins de réduire un droit de propriété en un simple droit de co-propriété ; les prescriptions de la loi du 5 juillet 1844 doivent donc encore être suivies. D'autre part l'arrêt du 19 juin 1882 nous paraît contenir une grave contradiction : il ne reconnaît pas à l'associé apporteur le droit de s'opposer, lors de la dissolution de la société, à la vente du brevet opérée par le liquidateur. Qu'est-ce à dire ? Si le liquidateur a le droit de

procéder seul à cette vente sans le concours de tous les associés, que la jurisprudence nous affirme être des indivisaires, c'est que la société en était seule propriétaire et, s'il en est ainsi, il faut bien forcément décider que l'apport, qui a conféré à la société la propriété du brevet, en a dépouillé l'associé apporteur. Contrairement à la jurisprudence à peu près constante des Cours et des Tribunaux, nous concluons donc que les diverses formalités énumérées par l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 doivent être accomplies en cas d'apport en propriété d'un brevet d'invention à une société. C'est d'ailleurs en ce sens que se prononcent l'administration (1) et la presque unanimité de la doctrine (2).

97. — La première obligation à remplir, à l'occasion de l'apport en société d'un brevet, consiste dans l'acquittement du montant total de la taxe établie par l'article 4 de la loi du 5 juillet 1844. Cette taxe primitivement fixée à la somme de 1.500 francs pour un brevet de quinze ans a été portée par le décret du 6 décembre 1926 à 6.000 francs. Les statuts de la société mentionnant l'apport du brevet ou l'acte d'apport dressé séparément devront être établis par acte notarié ; dans le cas où ils n'auraient été faits que par acte sous-seings privés, nous pensons que leur dépôt au rang des minutes d'un notaire avec reconnaissance d'écritures, formalité qui a pour effet de conférer l'authenticité aux actes ainsi déposés, répondrait aux exigences de la loi. Après la constitution définitive de la société, il devra être déposé, à Paris à l'Office national de la propriété industrielle, dans les départements au secrétariat de la préfecture,

(1) Circulaire du Ministre de l'Agriculture et du Commerce du 30 décembre 1865. Lettre du Ministre du Commerce au Préfet de la Seine du 6 décembre 1889.

(2) Pont, *op. cit.*, n° 259 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, nos 21 et 184 ; Baudry et Wahl, *op. cit.*, n° 176 ; Arthuys, *op. cit.*, 53 ; Pic, *op. cit.*, n° 35 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 86.

un extrait authentique ou des statuts mentionnant l'apport du brevet ou de l'acte spécial d'apport, sur le vu duquel extrait il sera procédé par le service compétent à l'enregistrement de la mutation. Nous pensons de plus qu'il est nécessaire en matière d'apport en société, de joindre à cet extrait authentique une expédition délivrée par le notaire et qui contiendra tous les renseignements que nous avons énumérés lors de l'indication des pièces à déposer à la conservation des hypothèques pour requérir la transcription des apports immobiliers (V. supra n° 56). Enfin, il y aura lieu, conformément à l'article 4 de la loi du 26 juin 1920, de faire inscrire la mutation résultant de l'apport sur le registre spécial tenu à l'Office national de la propriété industrielle. Une copie des inscriptions portées sur ce registre doit être délivrée à tout requérant, moyennant le paiement d'une taxe spéciale.

98. — Nous ne nous sommes jusqu'alors occupés que de l'apport en propriété d'un brevet. Si la société ne recevait qu'un droit de jouissance sur ce brevet, c'est-à-dire si elle n'avait qu'une licence d'exploitation même exclusive, les prescriptions ci-dessus n'auraient pas à être observées. L'acte notarié, ni l'enregistrement ne sont plus requis. Cependant même en ce cas, il faudrait se conformer aux indications contenues dans l'article 4 de la loi du 26 juin 1920 et faire inscrire cette licence d'exploitation sur le registre spécial tenu à l'office national de la propriété industrielle, l'omission de cette formalité devant avoir pour effet de rendre inopposable aux tiers l'apport de cette licence. Le détail des formalités à remplir pour la prise de cette inscription, soit en cas de mutation de propriété, soit en cas de cession du droit d'exploitation d'un brevet d'invention, fait l'objet du décret du 11 septembre 1920 (Voir J. O. du 15 septembre 1920, p. 13553).

99. — Les diverses formalités analysées ci-dessus ont eu pour

effet de faire acquérir à la société vis-à-vis des tiers la propriété du brevet, objet de l'apport, cette société en étant devenue propriétaire dans ses rapports avec l'apporteur dès sa constitution définitive. Il nous reste à examiner les obligations réciproques incombant à chacune des parties en conséquence de cet apport.

En ce qui concerne l'apporteur, ces obligations ont trait notamment à la délivrance de l'apport et à la garantie. L'obligation de délivrance aura-t-elle été exactement exécutée, si l'associé se borne à remettre à la société toutes les pièces constituant les titres de propriété du brevet et à ne pas retarder ou empêcher l'accomplissement des formalités, dont nous avons plus haut reconnu la nécessité ? Nous ne le pensons pas. La propriété d'un brevet conférant à son titulaire le droit exclusif d'exploiter à son profit la nouvelle découverte ou invention, qui en fait l'objet, il nous paraît indispensable que l'apporteur fournisse de plus à la société toutes les indications permettant la mise en activité et l'exploitation de l'invention brevetée ; on pourrait, en effet, soutenir que l'apport est fictif si, par suite de la mauvaise volonté de l'apporteur, le brevet demeurerait inutilisable entre les mains de la société (Voir Paris, 22 février 1845, cité par Ruben de Couder. v^o Brevet d'invention, n^{os} 421 bis et 422).

100. — D'autre part l'apporteur est tenu à garantie ; mais quelle va être l'étendue de cette obligation ? En premier lieu cette obligation doit porter sur l'existence matérielle du brevet, c'est-à-dire que le brevet apporté ne devra être entaché d'aucun des vices énumérés sous l'article 30 de la loi du 5 juillet 1844, lesquels entraînent la nullité, et que de plus le propriétaire du brevet, qui en fait apport à la société, ne devra avoir encouru aucun des trois cas de déchéance mentionnés par l'article 32 de la même loi. Toute contravention aux prescriptions de ces deux articles aurait d'ailleurs pour conséquence non seulement la

nullité de l'apport considéré alors comme fictif, mais encore celle de la société elle-même, dans le cas où celle-ci se serait constituée, principalement en vue de l'exploitation du brevet. Quant aux autres effets de l'obligation de garantie pour l'apporteur, on a soutenu que celui-ci ne devait répondre ni de la réalité de la découverte, ni du droit exclusif que le brevet confère à la société et *a fortiori* qu'il n'était pas garant de la valeur de l'invention ou des avantages que la société se promet d'en retirer (1). Paul Pont, commentant cette opinion, la qualifie de trop générale et propose la distinction suivante, en ce qui concerne la réalité de la découverte : s'il s'agit d'un brevet pris en vue de procédés déjà essayés, notoirement connus, et dont les associés pouvaient ou devaient savoir qu'ils étaient tombés dans le domaine public, il y a, dit-il, conformément à l'art. 1642 du Code Civil, vice apparent, dont l'apporteur ne peut être tenu ; si, au contraire, le procédé breveté ne se trouve mentionné et décrit que dans des livres plus ou moins connus, cette antériorité au brevet apporté doit être considérée comme un vice caché qui donne lieu à garantie (2). Même avec cette distinction il nous paraît difficile d'admettre cette thèse. En effet, d'après l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1844, le brevet d'invention peut être défini : un titre délivré par le Gouvernement et qui confère à l'auteur de toute nouvelle découverte ou invention le droit exclusif d'exploiter à son profit, à des conditions et pour un temps déterminé, ladite découverte ou invention. Si donc l'apport effectué par un associé sous forme d'un brevet ne donne pas à la société le droit exclusif d'exploitation d'une nouvelle invention ou découverte, nous pensons que l'apport sera inexistant et que l'apporteur, qui doit au moins garantir l'existence

(1) Malepeyre et Jourdain. *Traité des sociétés commerciales*, 1833, p. 45.

(2) Pont, *op. cit.*, n° 274. Sic ; Arthuys, *op. cit.*, n° 33 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 85.

matérielle du brevet apporté, devra être déclaré responsable des conséquences de la nullité de son apport. C'est d'ailleurs en ce sens que paraît se prononcer la jurisprudence, tout au moins pour les brevets s'appliquant à des procédés connus et tombés dans le domaine public et qu'elle considère comme ne pouvant faire l'objet d'un apport valable. (Cass. 15 juin 1858, S. 59.1. 208 ; Toulouse, 2 juillet 1894, Gaz. Pal. 84.2.415).

Par contre, il ne nous paraît pas possible de faire garantir par l'apporteur le mérite de l'invention faisant l'objet du brevet apporté, pas plus d'ailleurs que les avantages ou les bénéfices que la société espère pouvoir retirer de l'exploitation de cette invention. En effet, abstraction faite du cas de dol ou de fraude de l'apporteur, il appartient à la société d'examiner sérieusement avant de l'accepter le procédé breveté qui lui est offert, pour se rendre compte de sa valeur exacte ; si cette étude n'est pas faite d'une manière suffisamment approfondie, la société seule doit supporter les conséquences de sa légèreté ou de son imprévoyance. D'autre part le procédé envisagé peut donner au laboratoire des résultats très satisfaisants, qui ne seront peut-être pas confirmés dans le domaine de l'utilisation pratique ; il n'est pas moins vrai que l'associé a mis dans la société tout ce qu'il avait promis d'y apporter et il ne se comprendrait pas que la société pût le faire déclarer responsable de la non réalisation des espérances parfois injustifiées qu'elle a pu former.

101. — Les obligations incombant à la société, qui reçoit comme apport un brevet d'invention, ne sont pas différentes de celles dont sont tenues les sociétés bénéficiaires d'autres apports. Il y a cependant lieu de signaler qu'au cas où l'apport d'un brevet n'est fait que pour la jouissance, la jurisprudence a parfois déclaré que, sauf stipulation contraire, la société était tenue, pendant toute la durée de cette jouissance, de payer les

annuités du brevet au fur et à mesure de leur échéance et devait être déclarée responsable des conséquences de la déchéance du brevet prononcée pour défaut de paiement de ces annuités (Rouen, 29 décembre 1871, S. 72.2.51 ; Cass. 29 mai 1877. S. 78.1.402).

B. — *Marques de fabrique et de commerce.*

102. — Les marques de fabrique et de commerce telles qu'elles sont définies par l'article 1^{er} de la loi du 23 juin 1857, peuvent faire l'objet d'un apport valable en société, soit qu'elles constituent à elles seules l'apport effectué, soit qu'elles figurent comme un des éléments incorporels d'un fonds de commerce apporté à la société. C'est en effet sous cette forme que se présentera le plus fréquemment l'apport en société de marques de fabrique et l'on décide généralement, au cas où l'apport d'un fonds de commerce comprenant de telles marques ne se prononcerait pas sur leur sort, que l'on doit les considérer comme ayant été transmises à la société avec le fonds, dont elles dépendent.

103. — La loi du 23 juin 1857 est muette quant aux formalités que doit remplir l'acquéreur ou le cessionnaire de marques de fabrique pour rendre son droit opposable à tous ; les deux derniers alinéas de l'article 1^{er} du décret du 25 juin 1874 se bornent à indiquer comment le nouveau propriétaire pourra justifier de son droit. La propriété des marques de fabrique était donc acquise au cessionnaire, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers, par le seul effet de la convention. Ce régime a été complètement modifié par la loi du 26 juin 1920, dont l'article 2 stipule qu'« aucune transmission de propriété, aucune cession ou concession de droit d'exploitation ou de gage relativement à une marque déposée, ne sera valable à l'égard

« des tiers qu'après avoir été inscrite sur le registre spécial
« des marques de fabrique et de commerce tenu à l'Office national de la propriété industrielle, et où sont mentionnés les
« noms et adresses des déposants, cessionnaires ou concessionnaires de marques, ainsi que toutes les indications et notifications relatives aux actes affectant la propriété des marques ». Les détails à observer lors de la prise de cette inscription, qui s'opère notamment sur le dépôt d'une expédition ou d'un original de l'acte entraînant mutation ou concession, sont énumérés dans le décret du 11 septembre 1920 (Voir J. O. du 15 septembre 1920, P. 13551).

C. — *Dessins et modèles.*

104. — La loi du 14 juillet 1909, ayant institué un régime de protection au profit des créateurs de dessins et modèles, ne s'est pas occupée des conditions auxquelles ces dessins et modèles pourraient être cédés ; elle indique seulement dans son article 3 que la propriété en appartient à celui qui les a créés ou à ses ayants-droit mais que le premier déposant est présumé jusqu'à preuve contraire en être le créateur. Dans ces conditions, la transmission de propriété des dessins et modèles définis par la loi du 14 juillet 1909, par voie de vente ou d'apport en société, doit être réputée exempte de toutes formalités ; le cessionnaire en est saisi, même à l'égard des tiers, par le seul effet du consentement (1). Comme pour les marques de fabrique il y a lieu de décider que l'apport d'un fonds de commerce comprenant des dessins et modèles en confère, dans le silence des parties, la propriété à la société.

D. — *Récompenses industrielles et commerciales.*

105. — Aux termes de l'article 2 de la loi du 8 août 1912

(1) Trib. Com. Seine, 12 juillet 1926, Gaz. Pal, 30 juillet 1926.

L'usage industriel ou commercial des récompenses énumérées à l'article 1^{er} n'est licite qu'après enregistrement à l'Office national de la propriété industrielle de la pièce (palmarès, diplôme, certificat ou copies du diplôme ou du certificat certifiés conformes) établissant le droit de l'intéressé ; cet enregistrement est mentionné sur la pièce déposée. D'autre part, l'article 4, dernier alinéa, prescrit que toute cession ou transmission de fonds de commerce ou d'un produit comprenant les récompenses attribuées aux propriétaires antérieurs doit être déclarée à l'Office national de la propriété industrielle et qu'à défaut de cette déclaration le successeur ne peut faire usage licite des récompenses attribuées à son ou à ses prédécesseurs et régulièrement enregistrées. La société, à laquelle sont effectués des apports compris dans les catégories visées à cet article devra donc, avant tout usage industriel ou commercial des récompenses, dont l'apport lui confère le droit de se servir, s'assurer auprès de l'apporteur, que l'enregistrement prescrit par l'article 2 a bien été effectué et ensuite procéder à la déclaration ordonnée par l'article 4. L'omission de ces formalités n'aurait pas pour effet de rendre l'apport inopposable aux tiers, mais elle constituerait, en cas d'usage industriel ou commercial des récompenses, un délit passible des peines prévues à l'article 10 de la loi et dont la société pourrait être tenue comme civilement responsable.

SECTION 7.

De l'Apport en Travail et Industrie

106. — Nous avons jusqu'ici examiné les règles spéciales à observer en cas d'apports en nature consistant en biens, qui tous représentent une valeur marchande appréciable et peuvent

facilement être réalisés par la société ; mais aux termes de l'article 1833 du Code Civil le travail ou l'industrie d'un associé peut aussi faire l'objet d'un apport valable et ce sont les règles applicables à ce cas particulier qui vont faire l'objet de la présente section. La licéité d'un tel apport n'est pas à discuter en raison du texte formel qui l'autorise ; il y a lieu toutefois de préciser les conditions dans lesquelles il devra être réalisé.

107. — Aux termes de l'art. 1847 du Code Civil, « les associés, qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société, lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie, qui est l'objet de cette société ». Si donc l'associé, concurremment avec le travail qu'il s'est engagé à fournir à la société, employait une partie de son activité dans une autre entreprise, dont l'objet serait différent de celui de la société, il n'aurait aucun compte à rendre et pourrait conserver pour lui en totalité les bénéfices qu'il en retirerait. Par contre, si l'objet de l'entreprise, à laquelle il s'est intéressé, était semblable ou similaire à celui de la société, l'intégralité des bénéfices, qu'il y recueillerait, serait la propriété de la société. Ces solutions pourraient-elles encore être admises dans le cas où l'apporteur d'industrie serait tenu de consacrer à la société tout son temps et tous ses soins ? Ne pourrait-on alors soutenir que toute occupation étrangère à l'exploitation sociale constitue de sa part une violation des conventions intervenues et peut donner lieu contre lui à une action en dommages-intérêts pour inexécution partielle de ses engagements ? C'est là d'ailleurs l'opinion enseignée par certains auteurs (1). Elle nous paraît cependant un peu trop absolue. En effet « engager toute son industrie, c'est dire seulement qu'on ne pourra pas s'occuper d'affaires autres que celles qui intéressent l'établissement, qu'on doit

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., n° 31 ; Guillaouard, op. cit., n° 195 ; Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 96.

« tous ses soins à l'objet même de la société, mais à cet objet
 « seul. Engager tout son temps, ce n'est pas aliéner sa vie, ses
 « loisirs, son repos, c'est aliéner seulement les heures qui,
 « d'après les usages, sont consacrées au travail. Le surplus
 « peut être employé à des travaux personnels » (1). Un arrêt
 de la Cour de Lyon du 18 juin 1856 (D. 57.2.71) a dans le
 même sens jugé qu'un brevet est la propriété exclusive de l'in-
 venteur, bien que ce dernier soit associé dans une entreprise, à
 laquelle il doit tout son temps et tout son travail, si ledit brevet
 a un objet autre que celui de cette entreprise, quoique s'y ratta-
 chant en partie. Aussi sommes-nous d'avis que l'apporteur d'in-
 dustrie, qui a promis tout son temps et tous ses soins, doit être
 considéré comme ne contrevenant pas à ses obligations, dans le
 cas où, en plus des fonctions qu'il doit remplir à la société, il
 se livrerait à d'autres occupations, dont l'objet serait différent
 de celui de la société, à la condition toutefois de ne rien retran-
 cher à l'exécution des services qu'il s'est engagé à assurer.

D'autre part, tenu par l'obligation de garantie, l'associé
 ayant effectué un apport en travail et industrie devra s'abstenir
 de tous agissements qui pourraient constituer à l'égard de la
 société des actes de concurrence déloyale. C'est ainsi, selon nous,
 qu'il ne pourra prêter son nom à une entreprise ayant un objet
 social semblable ou similaire à celui de la société et qu'il ne
 pourra éclairer de ses conseils et faire profiter de ses connais-
 sances techniques et commerciales une exploitation concurrente
 de la société.

108. — En raison de sa nature même, l'apport en industrie
 et travail ne peut se réaliser instantanément ; c'est un apport
 constitué par des prestations successives, qui s'effectuent jour
 par jour. Ce caractère juridique spécial entraîne certaines con-

(1) Blanc, Propriété industrielle, n° 211. Sic. Pont, op. cit., n° 306.

séquences, tout d'abord quant au mode de rémunération et ensuite quant aux droits de l'apporteur lors de la dissolution de la société.

En ce qui concerne le mode de rémunération, il y a lieu d'observer ici les prescriptions du 2^e alinéa de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867, modifiée par la loi du 1^{er} août 1893, aux termes duquel les actions représentant des apports devront toujours être intégralement libérées au moment de la constitution de la société. L'apporteur d'industrie ne devant avoir complètement réalisé son apport qu'à l'expiration de la durée, pour laquelle il a promis son concours, ne pourra donc se voir attribuer des actions d'apport qui, aux termes de l'art. 3 de la loi de 1867, doivent être intégralement libérées lors de la constitution de la société ; toute infraction à cette règle entraînerait la nullité de la société (Caen, 26 juin 1912, S. 1919.2.49 ; Paris, 14 juin 1917. J. S. 1919. 41). Il ne pourrait pas non plus, nous semble-t-il, recevoir une rémunération définitive en argent, puisque l'on ignore au début de la société à concurrence de quelle quotité l'apport promis sera fourni ; il ne saurait de même être question de prévoir dans les statuts qu'une somme fixe et invariable sera versée chaque année à l'apporteur pour prix de son travail : dans l'un et l'autre cas, en effet, il n'y aurait plus apport en société, mais bien un contrat de louage de services ; d'autre part une société constituée sur de telles bases enfreindrait formellement la règle édictée par l'art. 1855 du Code Civil, aux termes duquel est nulle la stipulation qui affranchit de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés (1). L'apport en travail et industrie ne nous paraît donc pouvoir être rémunéré que par l'attribution à l'associé

(1) La jurisprudence décide d'ailleurs que non seulement une telle clause est nulle, mais que la société elle-même est dans ce cas frappée de nullité (Cass. 14 juin 1882. S. 82.1.423 ; Cass. 11 juillet 1894. S. 94.1.452.

d'une certaine part dans les bénéfices futurs de la société ; ce droit est en général représenté par des titres spéciaux appelés parts de fondateurs ou parts bénéficiaires, dont la nature et les droits divers viennent d'être définitivement fixés par la loi du 23 janvier 1929.

109. — Le caractère successif de cet apport n'est pas non plus sans influence sur les droits de l'apporteur lors de la dissolution de la société. L'apport est en principe promis pour la durée totale de la société ; si la société n'est pas dissoute avant l'expiration de cette durée, l'associé pourra exercer l'intégralité des droits qui lui sont conférés par les parts bénéficiaires à lui attribuées. Mais si, pour un motif quelconque, il y a lieu de recourir à la dissolution anticipée de la société, l'apport devra logiquement être considéré comme incomplètement réalisé et il y aura lieu à une réduction des droits de l'associé proportionnelle au temps pendant lequel les prestations promises par lui n'auront pas été fournies ; cette réduction des droits de l'apporteur aura naturellement comme contre-partie sa libération des engagements contractés par lui vis-à-vis de la société.

110. — Ainsi que nous l'avons indiqué plus haut la validité d'un apport en travail ou industrie ne saurait être mise en doute, mais il arrive fréquemment que, dans le domaine pratique des affaires, on ait assez facilement tendance à assimiler ce genre d'apport, dont la loi a consacré la régularité, à d'autres prétendus apports, dont il est parfois difficile d'établir la consistance réelle et exacte et pour lesquels nous souhaitons vivement qu'une réglementation un peu stricte intervienne prochainement. Nous voulons parler, suivant l'expression la plus généralement employée dans le but de désigner ce genre d'apport, « des travaux, études, démarches effectuées et dépenses engagées pour arriver à la constitution de la société ». Y a-t-il

là les éléments d'un apport réel et valable ? On ne saurait répondre d'une manière absolue par oui ou par non, car c'est là particulièrement une question de fait. C'est ainsi que des études sérieuses faites en vue de perfectionner un procédé, dont le brevet est apporté à une société, des recherches minutieuses et scientifiques effectuées par sondages sur le domaine d'une concession minière et facilitant ainsi à la société la découverte de riches filons, nous semblent pouvoir sans contestation constituer la matière d'un apport valable. Ces apports accessoires ne forment d'ailleurs qu'un tout avec l'apport principal, dont la valeur se trouve ainsi augmentée. Mais, par contre, que dire d'une mise sociale qui consisterait uniquement dans les démarches que les fondateurs auront faites pour réunir le capital nécessaire, dans les dépenses et les débours auxquels auront donné lieu, soit ces démarches, soit l'accomplissement de certaines formalités administratives nécessaires et préalables, dans les vagues études auxquelles il aura été procédé, concernant les modes et les procédés d'exploitation de l'objet social futur et les bénéfices éventuels qui pourront en résulter ? Une telle mise sociale serait selon nous inexistante (Trib. Civ. Besançon, 10 juillet 1902. D. P. 1904.2.241 et note de M. Percerou).

Nous considérons, en effet, que les apports en nature peuvent être divisés en deux catégories distinctes, la première, et de beaucoup la plus importante, renfermant tous les biens, dont la société peut tirer un profit immédiat dès sa constitution définitive, soit en les aliénant, soit en en concédant la jouissance à des tiers, tels que immeubles, fonds de commerce, navires, brevets d'invention, etc..., la seconde ne comprenant que les apports consistant en des prestations qui seront fournies à la société au fur et à mesure de sa vie sociale et proportionnellement à la durée de celle-ci, tels que le travail et l'industrie d'un ou de plusieurs associés, à la condition toutefois de ne pas englober dans cette catégorie les apports faits en jouissance et

sur lesquels la société pourrait immédiatement céder tout ou partie de ses droits. Les biens de la première catégorie, constituant pour la société un élément d'actif susceptible de figurer au bilan, pourront être indifféremment rémunérés par des actions d'apport ou des parts de fondateurs ; les apports, rangés dans la seconde, ne représentant pas une valeur de suite réalisable, ne devront au contraire avoir comme contre partie que l'allocation d'une certaine part dans les bénéfices futurs, sous forme de remise d'un certain nombre de parts de fondateurs ou parts bénéficiaires.

Or, d'après la distinction ci-dessus, il ne nous paraît pas possible de reconnaître le caractère d'apport aux travaux, études, démarches effectuées et dépenses engagées en vue de la constitution de la société. Il n'y a là, en effet, selon nous, que des services rendus à la société en voie de formation. Serait-il alors logique d'accorder aux auteurs de ces services une rémunération de même nature que celle que l'on attribuera aux véritables associés, qui, soit par les biens qu'ils ont mis en commun, soit par le travail et les soins constants qu'ils vont consacrer à l'entreprise sociale, doivent seuls être considérés comme ayant contribué à la formation des bénéfices futurs ? Nous ne le croyons pas. Ces services rendus ne nous paraissent pas, en effet, être d'une nature différente de celle des conseils que l'avocat ou le notaire, ayant procédé à la rédaction des statuts de la société, aura été amené à donner aux fondateurs au cours de la période de constitution ; or, c'est par le versement définitif d'une certaine somme d'argent, à titre d'honoraires, que ces conseils sont rémunérés, cette somme d'argent figurant ensuite dans la comptabilité de la société sous la rubrique « frais de constitution » ; il nous semble, en conséquence, que telle devrait être aussi la rémunération de ces divers concours, auxquels nous nous refusons à accorder le caractère d'une réelle et efficace mise sociale.

Si d'ailleurs une telle mesure se généralisait, on pourrait sans doute alors espérer voir chaque jour diminuer le nombre de ces sociétés vouées dès leur naissance à une perte aussi rapide que certaine, uniquement parce que le capital souvent considérable, qu'elles ont à rémunérer, n'a presque toujours qu'une valeur nominale et que les éléments qui le composent ne sont pas de nature à constituer pour elles un véritable instrument de travail et de crédit.

DEUXIÈME PARTIE

DES PRESCRIPTIONS CONCERNANT LES APPORTS EN NATURE EFFECTUÉS AUX SOCIÉTÉS PAR ACTIONS ET DE LEURS SANCTIONS

CHAPITRE I

De la détermination des cas où les apports doivent être soumis à vérification

111. — Il a souvent été déploré que, lors de la constitution de nombreuses sociétés par actions, les apports en nature aient été l'objet d'évaluations exagérées ne répondant pas à leur valeur réelle. C'est pour remédier à ce genre d'abus, contraire à la fois à la morale et au principe juridique d'égalité qui doit présider à la conclusion des contrats commutatifs, que le législateur a, dans l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, établi des règles strictes et précises indiquant comment il devrait être procédé à l'appréciation de la valeur des biens mis en société et consistant en autre chose que de l'argent .

112. — Mais avant de passer à l'étude détaillée de ces règles, qui fera l'objet du chapitre suivant, il y a lieu de déterminer

tout d'abord les cas divers, dans lesquels celles-ci seront applicables.

Il faut en premier lieu qu'il s'agisse d'apports ne consistant pas en numéraire. Naturellement on devra assimiler au numéraire « tout ce qui peut être réputé argent comptant » (1), billets de la Banque de France, bons du Trésor payables à vue, chèques, en un mot tous instruments de paiement dont la transformation en monnaie métallique est assurée et de plus peut être immédiate. Au contraire des effets de commerce ou des valeurs mobilières diverses, dont le recouvrement et la réalisation sont incertains, devraient être soumis à vérification.

D'autre part, la procédure instituée par l'article 4 ne peut être employée qu'autant qu'il s'agit d'un apport véritable, c'est-à-dire d'une mise en société en contre-partie de laquelle il a été reconnu à l'associé certains droits sur une part des bénéfices futurs de l'entreprise. Il s'agit donc de préciser parmi les cas nombreux, qui peuvent se présenter, ceux qui réunissent les caractères de l'apport et auxquels la vérification de la loi de 1867 devra être appliquée. Nous allons procéder à cet examen non seulement au moment de la constitution de la société, mais aussi à l'occasion des diverses modifications que celle-ci peut subir au cours de son existence, telles que augmentation de capital, fusion, transformation, etc...

SECTION 1

Constitution de la Société

A. — *Exposé du principe de la vérification des apports.*

113. — En principe il n'y a pas apport sujet à vérification, lorsque l'associé reçoit comme rémunération une valeur sous-

(1) Cass. 11 mai 1863, S. 63.1.284.

traite aux risques sociaux et qui lui est dès ce moment définitivement acquise ; une telle opération juridique est exclusive de toute mise en société et ne peut donner naissance qu'à un autre contrat. Ainsi la personne apportant à une société la propriété d'un bien quelconque et recevant à ce sujet une somme fixe et déterminée, payable soit comptant, soit à terme, ne pourra être considérée comme un associé : un autre contrat, en l'occurrence une vente, se sera formé entre les parties et cette personne jouira vis-à-vis de la société de toutes les garanties et de tous les avantages reconnus par la loi au vendeur ; elle aura notamment un privilège pour réclamer le paiement du prix convenu comme elle pourra aussi exercer, en cas d'apport immobilier, l'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, droits qui sont refusés à l'apporteur. De même si la société acquiert la jouissance d'un bien, moyennant une redevance fixe payable en tout état de cause à des époques déterminées, il n'y aura plus apport en société, mais uniquement un contrat de louage de choses. Enfin nous avons indiqué précédemment (V. *supra* N° 44) que devait être considéré comme licite l'apport en jouissance d'une somme d'argent ; mais si les parties avaient convenu qu'un intérêt fixe dût être versé au propriétaire du capital, l'apport en société serait inexistant et le lien de droit résultant de cette convention aurait pour origine un contrat de prêt.

114. — Il y a lieu, au surplus, de se demander si de telles opérations sont juridiquement valables au moment de la constitution de la société. La société, en effet, n'a pas d'existence légale jusqu'à ce que les assemblées constitutives aient définitivement statué et elle ne saurait être auparavant un sujet de droits. C'est d'ailleurs dans ce sens que s'est prononcé le Tribunal de la Seine par jugements du 12 décembre 1892 (J.S. 1899-108) et du 27 mars 1893 (J.S. 1894-53). Il s'agissait d'une vente faite à une société anonyme en formation sous la condition sus-

pensive de la constitution définitive de la société et ce par un acte distinct des statuts. Le tribunal avec raison, selon nous, a jugé que cette vente était nulle pour défaut de capacité en la personne de l'acquéreur, ajoutant que seule la société ayant acquis la personnalité juridique et agissant par l'intermédiaire de ses représentants légaux avait qualité pour contracter. Sur appel, la Cour de Paris a infirmé la décision des premiers juges (Paris, 23 juillet 1894. J. S. 1895-211) ; mais aucun argument en faveur de la thèse adverse ne nous paraît pouvoir être tiré du texte de cet arrêt, qui a déclaré que les actionnaires, ayant demandé la nullité de la vente n'avaient pas qualité pour introduire cette instance, en raison de sa nature d'action sociale. Au surplus, que la vente fasse l'objet d'un acte distinct ou qu'elle soit incorporée dans les statuts, la même solution nous paraît devoir être adoptée, même si cette vente était soumise à l'examen et à l'approbation des assemblées constitutives : on n'en est pas moins en face d'un acte inexistant, qui, comme tel n'est susceptible ni de confirmation ni de ratification (art. 1338, C. Civ.). Ainsi que nous l'avons déjà signalé (V. supra N° 49) un des moyens pour réaliser une telle opération, dans le cas où il est impossible d'attendre que la constitution de la société soit un fait accompli, serait que l'acte intervînt entre, d'une part, le vendeur, le bailleur ou le prêteur, et d'autre part, les fondateurs de la société agissant tant en leur nom personnel qu'à celui de la société en formation et de plus se portant fort de la ratification ultérieure par la société définitivement constituée (1).

115. — Dans les différentes hypothèses envisagées ci-dessus, il n'existe pas en réalité d'apport en société ; il ne saurait donc être question d'appliquer les règles de l'article 4 de la loi de 1867. Mais les faits ne se présentent pas toujours avec autant

(1) Sic. — Lescot, *Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé*, pp. 263 et s.

de simplicité et fréquemment les biens mis en société sont payés à la fois par l'attribution à l'apporteur de certains droits sociaux et en même temps par la remise d'une certaine somme d'argent. Quelle est la nature juridique de l'acte ainsi produit ? Est-il valable en tant qu'apport en société ? Un arrêt célèbre de la Cour d'Orléans du 11 mai 1882 (J. S. 1883, 437) rendu sur renvoi de la Cour de Cassation après cassation d'un arrêt de la Cour de Paris, s'exprime à ce sujet en ces termes :

« Considérant que l'abandon, que fait un tiers à une société, « d'immeubles lui appartenant ne constitue pas une vente, « mais un contrat d'apport en société, lorsque ce tiers doit « recevoir, comme équivalent de la valeur de ces immeubles, « des actions de ladite société et qu'il ne lui est alloué ni « retour ni bénéfice indépendant du bénéfice commun ; qu'il « apporte, en effet, dans ce cas, des immeubles à titre de mise « sociale et qu'il se trouve de la sorte participer à une commu- « nauté d'intérêts, dont la prospérité peut seule le rémunérer de « la valeur qu'il y a engagée ; mais qu'il en est autrement « lorsque le tiers reçoit le prix de cet apport ou l'équivalent du « prix au moyen d'une somme d'argent payée à lui-même ou à « ses créanciers ; que dans ce cas il y a vente jusqu'à concurrence de la somme payée. » Nous sommes alors en présence d'une opération mixte valant, comme apport pour la partie rémunérée par des droits sociaux et réalisant une vente pour le surplus payé en espèces. Cette combinaison est licite (Trib. Com. Seine 10 mai 1883 — J. S. 1883, 425) et d'ailleurs fréquemment employée, car elle représente un des moyens d'échapper à la nullité d'une vente faite à une société non encore constituée (1). On doit d'ailleurs assimiler à un paiement en

(1) Les effets de l'apport mixte sont empruntés aux divers contrats, dont il dérive. C'est ainsi que l'associé privé de tout privilège pour la partie du prix de son apport, qui lui est payée en droits sociaux, jouira des privilèges institués par les art. 2102 et 2103 du Code Civil pour la partie, qui doit lui être versée en espèces (Cass. 13 juillet 1841, S. 41.1. 731 ; Douai. 26 juillet 1886, R. S. 1887, 129).

espèces tout avantage consenti définitivement à l'apporteur et qui se trouve ainsi soustrait aux risques de l'entreprise, comme, par exemple, la prise en charge par la société de tout ou partie du passif grevant le bien apporté (Cass. 3 janvier 1900 — S. 1901.1.321 ; Douai, 26 juillet 1886 — R. S. 1887-129 ; Trib. Seine, 15 juin 1923 — Rec. jur. Soc. 1924-165). Les apports mixtes doivent-ils être soumis à vérification ou ne doit-on consulter les actionnaires que sur la validité de la partie de l'opération constituant un apport pur et simple. Nous considérons les conventions intervenues entre les parties comme formant un tout indivisible, bien que participant à la fois à la nature de deux contrats différents ; d'ailleurs si l'on veut scinder l'opération on aura d'une part un apport, d'autre part une vente ou un autre contrat ; or ce second contrat ayant été conclu avec une société en formation sera inexistant pour les motifs ci-dessus indiqués. Nous estimons, en conséquence, que, pour être valable, l'apport mixte doit être soumis comme tous les apports en nature à l'appréciation et à l'approbation des deux assemblées générales constitutives (1) (Orléans, 11 mai 1882, précité ; Paris, 2 janvier 1906, J. S. 1906-211). L'omission de cette formalité entraînerait d'ailleurs la nullité de la société.

116. — Dans le but d'éviter les recherches et l'examen auxquels doit donner lieu la vérification des apports et de s'assurer ainsi un profit illicite, on a parfois recours au procédé suivant. Divers associés souscrivent un certain nombre d'actions de la société en formation, dont les statuts prévoient que les actions de capital devront être intégralement libérées lors de la souscription, mais contrairement aux prescriptions de la loi n'effectuent pas le versement en espèces du montant de leur souscription ; après la constitution de la société, ces associés lui vendent

(1) Sic. Hénard, *op. cit.*, n° 254 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 583.

les biens, qu'ils désirent apporter, moyennant un prix égal au montant des actions par eux souscrites. Ce prix leur est censé payé en espèces au moyen des sommes que la société s'est procurée par les versements opérés par les actionnaires, alors qu'en réalité il est remis aux associés-apporteurs à titre de paiement un nombre d'actions représentant la valeur, à laquelle ils ont estimé les biens apportés. Les intéressés peuvent ainsi fixer arbitrairement et sans contrôle le prix qu'ils veulent recevoir pour leurs apports et de plus les actions qu'ils reçoivent en paiement, ayant la nature d'actions de capital et non d'actions d'apport, peuvent être par eux immédiatement négociées, sans atteindre le délai de deux ans fixé par la loi. On ne saurait voir en une telle opération une vente réelle ; il s'agit uniquement d'un apport déguisé sous les apparences d'une vente, afin d'échapper aux investigations de l'assemblée générale. La jurisprudence et la doctrine reconnaissent unanimement la nullité d'une société ainsi constituée pour défaut de vérification et d'approbation des apports (Cass. 13 mars 1876 — S. 76.1.361 ; Paris, 2 janvier 1906, précité, et 20 juin 1907. J. S. 1907. 503). Une telle société devrait d'ailleurs être aussi déclarée nulle pour défaut de libération en espèces du premier quart des actions (art. 1, L. 24 juillet 1867).

Mais que décider si l'associé a souscrit diverses actions sur le montant desquelles, conformément à la loi, il verse en espèces le premier quart et si, après la constitution de la société, il vend à celle-ci divers biens pour un certain prix, dont un quart lui est réellement payé en argent, le solde de son prix étant alors réglé par compensation entre les sommes dont il est débiteur de la société pour le montant des trois quarts qui lui restent à verser sur les actions par lui souscrites et la somme à laquelle s'élève la créance qu'il possède sur la société. En l'absence de certaines circonstances de fait, que les juges du fond auraient à apprécier souverainement et qui feraient nettement apparai-

tre une fraude commise par l'associé au détriment des autres actionnaires, il doit être décidé, en l'état actuel des textes, qu'une telle opération est licite. En effet, la société est valablement constituée, les versements exigés par la loi ayant été effectués ; la souscription effectuée par l'associé est un acte juridique entièrement distinct de la vente consentie postérieurement par lui à la société ; celle-ci, étant définitivement constituée, peut être sujet de droits et la compensation peut alors s'opérer entre les sommes qu'elle doit à un de ses membres et celles que celui-ci lui doit : toutefois il serait nécessaire pour la validité de l'opération que les statuts de la société eussent prévu la faculté pour les actionnaires de libérer leurs actions par anticipation. C'est d'ailleurs dans le sens de la validité que se prononce la jurisprudence (Cass. 14 juillet 1873, S. 74. 1. 424 ; Paris, 17 juillet 1882, R. S. 1883.67 ; Lyon, 26 février 1903, J. S. 1903.306 ; Trib. Comm. Seine, 17 décembre 1926. Gaz Soc. 1927-106).

Ce mode de procéder, bien qu'il respecte les prescriptions de la loi, nous paraît cependant suspect, parce que susceptible de couvrir de nombreuses fraudes dont la découverte ne sera pas toujours facile. Il serait à notre avis possible d'y remédier. L'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale. Le législateur ne pourrait-il décider par analogie que tout contrat passé entre la société et un quelconque de ses membres devra, à quelque époque que ce soit, pour engager la société, avoir été au préalable approuvé par l'assemblée générale des actionnaires délibérant aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées ordinaires ? Les risques de fraude ou de collusion seraient ainsi réduits au minimum et il n'y aurait plus possibilité de dissimuler sous l'appar-

renée d'une vente fictive un apport que l'on ne veut pas soumettre à vérification (1).

B. — *Exception au principe de la vérification des apports.*

117. — Le principe général établi par l'article 4 de la loi de 1867 souffre cependant une exception prévue par la loi elle-même à la fin dudit article. Cette exception résulte des termes de l'alinéa suivant : « Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait ledit apport est formée entre ceux qui en étaient propriétaires par indivis ». Le législateur a donc exigé la réunion de deux conditions pour que les apports en nature effectués à une société par actions puissent être soumis à ce régime exceptionnel. Il faut : 1° que les biens composant le capital social appartiennent indivisément aux apporteurs et 2° que la société ne comprennent pas d'autres membres que les propriétaires indivis du fond social.

a) *Conditions requises pour l'application de l'exception.* —

118. — En prescrivant d'une façon minutieuse les règles, d'après lesquelles il devrait être procédé à la vérification des apports, la loi, ainsi que nous l'avons dit plus haut, a eu pour but principal de remédier aux abus nombreux qui s'étaient commis avant sa promulgation concernant soit une majoration excessive de la valeur des apports, soit même la possibilité de

(1) Tout au moins présentement les avantages résultant de ces combinaisons suspectes sont considérablement réduits pour l'associé, en raison des droits d'enregistrement très élevés dont elles entraînent la perception ; alors que l'apport pur et simple n'est passible que d'un droit proportionnel de 3 %, porté à 5,40 % s'il s'agit d'immeubles, la vente est soumise à un droit de 12 % pour les immeubles, de 8 % pour les fonds de commerce, auquel il y a lieu d'ajouter dans ces deux cas 3 % pour la taxe de première mutation ; les ventes de meubles ordinaires doivent acquitter un droit de 6,60 %.

constituer une société au moyen d'apports en tout ou en partie fictifs. Elle a donc institué un contrôle permettant aux souscripteurs des actions de numéraire, effectuant ou devant effectuer la réalisation de leur apport au moyen de versements en espèces, de se rendre compte si l'évaluation des mises sociales de leurs coassociés correspondait bien à la valeur réelle des biens qui en faisant l'objet. Or, envisageons l'hypothèse, dans laquelle les cohéritiers d'un industriel décédé recueillent dans la succession de leur auteur une entreprise que celui-ci dirigeait seul de son vivant et où ils décident de former entre eux seuls une société ayant pour objet l'exploitation de cette entreprise : d'une part l'estimation en argent de la valeur du fonds social est indifférente aux membres de la nouvelle société, ceux-ci possédant par hypothèse une part aliquote de ce fonds et n'ayant en conséquence aucun intérêt, soit à augmenter, soit à diminuer la valeur de la part qui leur est reconnue dans cet apport ; d'autre part le 5^e alinéa de l'article 4 défend que les associés effectuant un apport en nature aient voie délibérative dans l'assemblée, qui devra statuer sur l'appréciation de cet apport, et dans ces conditions, vu la nature indivise de l'apport, il eut été impossible de réunir l'assemblée prescrite par la loi faute de membres pour la constituer. Ainsi se comprend et se légitime fort bien l'exception prévue par la loi.

Toutefois, pour en bénéficier, les sociétés, qui l'invoqueront à leur avantage, devront remplir exactement les conditions requises. C'est ainsi que l'état d'indivision entre les associés doit être complet ; il ne suffirait pas qu'une partie des biens fût la co-propriété de certains associés, l'autre partie étant indivise entre les autres membres de la société ; on ne se trouverait plus alors, en effet, dans le cadre précis du dernier alinéa de l'article 4. Il est aussi nécessaire que cette indivision soit antérieure à la constitution de la société, qu'elle soit réelle et soit judiciairement établie ; par un arrêt du 24 avril 1877

(Rev. de droit commercial, 1877, 457) la Cour de Paris a déclaré nulle une société, dans laquelle le fonds social était présenté comme indivis entre les fondateurs co-propriétaires, alors qu'il était la propriété de l'un d'eux, que rien ne justifiait qu'il en eût transmis une partie aux autres et que tous étaient réduits à alléguer l'existence de conventions verbales antérieures. Il convient également, selon nous, de décider que la société sera nulle toutes les fois qu'ils pourra être prouvé que certain des apporteurs indivis n'auront acquis leur droit de co-propriété qu'en vue de la constitution de la société, par exemple, sous la condition suspensive de la formation ultérieure de cette société. La loi, en effet, a simplement prévu le cas où, par suite de certaines circonstances de fait indépendantes de l'idée de la constitution d'une société future, les règles édictées par elle dans les sept premiers alinéas de l'article 4 deviendraient inutiles ou impossibles à appliquer ; constituerait donc une fraude à la loi, le fait de réaliser fictivement les conditions requises pour jouir de cette exception et ce dans le seul but d'éluder les formalités de vérification prescrites. C'est ce qu'a jugé d'ailleurs le tribunal de commerce de Marseille par une décision du 21 janvier 1881 (Rev. de droit commercial, 1881-193) dans une affaire où « l'objet apporté n'était devenu propriété commune des futurs « sociétaires que par un acte fait en vue de la société elle-même, ne l'ayant précédé que de quelques jours et qui n'aurait pu avoir d'exécution au cas où la société ne se fût pas « constituée ». Toutefois il ne nous paraît pas que cette jurisprudence doive être érigée en principe et étendue à tous les cas où les juges saisis de la question reconnaîtraient que la constitution de la société future a été le motif de l'acquisition de la co-propriété. Nous pensons que seules les intentions frauduleuses nettement établies sont de nature à faire prononcer la nullité de la société ; si, par exemple, un des apoprtteurs devenu tardivement co-propriétaire s'est néanmoins assuré cette qualité au

moyen d'un contrat devenu définitif, dès avant la constitution de la société, et si d'autre part aucun élément de fraude ou assimilable à la fraude ne peut relevé à la charge des fondateurs-apporteurs, on doit en conformité des textes reconnaître la validité d'une société ainsi constituée, puisqu'elle réunit les conditions exigées par le dernier alinéa de l'article 4 (V. Trib. Comm. Nantes, 9 octobre 1897 — J. S. 1898. 355).

119.— Il est dès maintenant facile d'apercevoir, d'après ce qui précède, que cette dérogation au droit commun de la constitution des sociétés par actions peut cependant avoir pour effet de favoriser des fraudes nombreuses. Il est, en effet, facile, soit d'acquérir valablement un droit de co-propriété pour une part minime, par exemple, sur certains biens et d'en payer le prix, qui, par hypothèse, ne sera pas élevé, soit de simuler cette acquisition au moyen d'un acte, qui contiendra au profit de l'acquéreur quittance du prix stipulé, quoique en réalité aucun versement n'ait été effectué ; le bien devenu ainsi la propriété de plusieurs indivisaires sera apporté à une société, dont il constituera tout le fonds social et qui ne sera formée qu'entre les indivisaires ; cette société sera régulière, sans qu'il ait été nécessaire de recourir à la procédure de vérification des apports et les fondateurs-apporteurs auront eu alors toute latitude pour fixer arbitrairement la valeur des biens composant le capital social. Ils procéderont alors à un emprunt sous forme d'obligations, dont ils se partageront le produit et laisseront impayés à leur échéance les coupons présentés par les porteurs d'obligations. Certes la fraude sera souvent reconnue, la société sera déclarée nulle et les fondateurs poursuivis pour infraction à la loi sur les sociétés et pour escroquerie, mais le mal aura été fait et les dommages causés par de tels agissements seront rarement intégralement réparés.

Pour remédier à ces dangers, il avait été, lors de la discus-

sion de la loi, proposé par la Commission du Corps législatif d'ajouter à la disposition finale de l'article 4 le membre de phrase suivant : « et ne font pas appel à une souscription publique ». Le Conseil d'Etat a repoussé cette adjonction parce qu'elle constituait une « restriction dont les limites précises « étaient difficiles à déterminer. Si l'appel au public par voie « de prospectus de la part des fondateurs est suspect au lendemain de la société, en serait-il de même six mois, un an plus « tard ? Que faudra-t-il entendre par souscription publique ? « La fraude, si elle existe, pourra être poursuivie ; mais, il ne « faut pas l'oublier, la fraude ne se présume pas, et il est « impossible, sous prétexte qu'elle pourra se servir de l'exception, pour tourner les prohibitions de la loi, de condamner « des intérêts loyaux et respectables à ne point user des facultés de droit commun » (1).

Le législateur a donc statué sans ignorer les dangers qui résultaient de cette exception pour l'épargne publique et il a considéré comme un palliatif suffisant la vérification malheureusement tardive qu'exerceraient les tribunaux sur les sociétés frauduleusement constituées et la répression qui en serait la conséquence.

D'ailleurs l'adjonction proposée par la commission du Corps législatif était, en raison des motifs invoqués par le Conseil d'Etat pour la repousser, inacceptable. Qu'eût-il fallu, en effet, décider dans le cas où une société constituée dans les formes prévues par le dernier alinéa de l'article 4 aurait, longtemps après l'époque de sa constitution, voulu réaliser une augmentation de son capital par voie d'appel au public ? Cette augmentation de capital n'eût été possible qu'à la condition de procéder à ce moment à la vérification des apports effectués à la société à son origine. Or, si plusieurs années s'étaient écoulées depuis

(1) Tripiet, commentaire de la loi de 1867 t. I, p. 118.

la formation de cette société, on se serait heurté non seulement à des difficultés insurmontables, mais encore souvent à de réelles impossibilités pour apprécier d'une façon équitable la valeur que pouvaient représenter ces apports au moment de la constitution et ce en raison de la détérioration provoquée par l'usage prolongé des biens faisant l'objet des apports et même de la disparition d'une partie d'entre eux. (V. Paris, 26 juillet 1887. D. P. 88.2.145).

Aussi estimons-nous que d'autres moyens peuvent être employés pour combattre les abus ci-dessus indiqués et en neutraliser autant que possible les funestes effets. En plus de l'institution d'experts assermentés ou réviseurs déjà réclamée par le professeur Thaller en 1884 (J. S. 1884-729), le droit étranger a eu recours, pour atteindre ce but, à divers procédés, que nous nous contentons de signaler brièvement ici, nous réservant d'y revenir plus longuement au cours de la conclusion de ce travail : c'est la vérification des formalités constitutives des sociétés par un juge unique dans le droit anglais et le droit allemand et l'homologation des sociétés par un tribunal dans le droit italien.

b) *Objet de cette exception.* — 120. — Mais est-il possible de tirer de la disposition finale de l'article 4, en faveur des sociétés qu'elle concerne, une dispense générale d'avoir à se conformer aux autres prescriptions édictées par l'article 1^{er} pour la constitution régulière des sociétés par actions. Un arrêt de la Cour de Cassation du 26 avril 1880 (S. 81.1.5 et note Labbé) rendu sur pourvoi contre un arrêt de la Cour de la Réunion du 6 juin 1876 (S. 77.2.1 et note de M. Lyon-Caen) s'est prononcé pour l'affirmative. Il s'agissait en l'espèce de la fusion de deux sociétés en nom collectif qui avaient respectivement fait apport de leur actif à une société anonyme dénommée « Société du Batelage de Saint-Pierre » et dont le fonds social ne comprenait que des apports en nature. Sans examiner ici si la constitution de

cette société rentrait dans le cadre de l'exception visée par le dernier alinéa de l'article 4, nous indiquerons que l'on n'avait pas procédé à la déclaration notariée de souscription et de versement, qu'il n'avait été effectué aucun dépôt chez un notaire d'un des doubles de l'acte de société établi sous seings privés et qu'aucune assemblée générale constitutive n'avait été tenue. Un incendie survenu peu de temps après la constitution entraîna la ruine de la société et un créancier forma alors contre elle une demande en nullité basée sur l'inobservation des formalités légales. La Cour de la Réunion déclara que la Société du Bateau de Saint-Pierre avait été régulièrement constituée, et un pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté par la Chambre Civile de la Cour de Cassation.

Les arrêts précités soutiennent que les formalités ci-dessus indiquées n'ont été établies que dans l'intérêt des souscripteurs d'actions de numéraire et dans le but de les protéger contre une fraude éventuelle des apporteurs en nature, qu'en conséquence ce danger disparaît lorsque la société est constituée entre les seuls apporteurs et que dans ces conditions ces diverses formalités deviennent inutiles. Cependant la disposition finale de l'article 4 ne déroge qu'aux règles établies par cet article et relatives à la vérification des apports ; de plus l'article 1^{er} statue d'une façon générale pour toutes les sociétés par actions, puisque l'article 24 spécialement consacré aux sociétés anonymes y renvoie, et cet article 1^{er} ne contient aucune réserve quant à l'accomplissement des formalités qu'il exige.

Sur la non nécessité de la déclaration notariée la Cour de la Réunion s'exprime ainsi : « Attendu que la loi du 24 juillet 1867, quand elle parle de souscription, entend par ce mot l'engagement pris par une personne de devenir propriétaire d'une certaine quantité d'actions et d'en verser le montant ; que la société, se formant sans faire appel à des capitaux étrangers, s'est formée par cela même sans souscriptions et

« par suite sans versements ; or, attendu que le but de la déclaration notariée était de constater deux faits : 1° la souscription de tout le capital social, 2° le versement du quart au moins de ce capital, il s'ensuit nécessairement qu'il n'y avait pas lieu pour la Société anonyme du Batelage de Saint-Pierre de faire la déclaration dont il s'agit ».

Or, est-il bien exact d'affirmer que cette société s'est constituée sans souscriptions et sans versements ? C'est au moins une interprétation un peu étroite du mot souscription. En effet, d'après M. le Professeur Lyon-Caen dans sa note précitée (S. 77.2.1), « la souscription est l'acte par lequel on prend un certain nombre d'actions dans une société en s'engageant à faire un apport. Cet apport peut aussi bien être un apport en nature qu'en numéraire ». Cette conception nous paraît mieux répondre au sens réel du terme. Quant au versement il sera effectué par la réalisation de l'apport promis ; certes dans l'hypothèse envisagée la déclaration notariée n'aura pas pour but de constater le versement du quart de l'apport, mais elle aura à en constater le versement intégral.

En ce qui concerne le dépôt au rang des minutes d'un notaire d'un des doubles de l'acte de société s'il est sous-seing privé (ce qui était le cas dans l'espèce soumise à la Cour), on peut voir dans la dispense d'effectuer ce dépôt la conséquence logique de celle accordée pour la déclaration notariée, l'avant-dernier alinéa de l'article 1^{er} disant que ce double sera « annexé » à la minute de la déclaration, ce qui suppose l'existence de cette déclaration. La Cour de Cassation a en effet indiqué que « si la déclaration notariée est sans objet quand il n'existe que des apports en nature, le dépôt chez le notaire d'un double de l'acte social comme moyen de contrôle devient par là inutile, puisqu'il n'est qu'une annexe ou un accessoire de la déclaration notariée. » Cependant même en ce cas le dépôt ne nous paraît pas inutile ; il permet en effet d'échapper à la règle de

l'article 1325, 1^o alinéa, du Code Civil, qui exigerait autant d'originaux que de parties, puisqu'il équivaut pour chaque actionnaire à la possession d'un original de l'acte de société (1).

Enfin peut-on affirmer que le législateur n'a eu en vue que la protection des souscripteurs d'actions de numéraire et que l'intérêt des tiers appelés à contracter avec la société après sa constitution n'a été l'objet d'aucune attention de sa part ? Certes sa sollicitude a dû tout d'abord s'exercer en faveur des actionnaires effectuant une mise sociale en espèces, puisque l'intérêt des tiers n'existera qu'autant que la société aura pu se former. Mais la loi n'en a pas moins eu pour objet d'éviter la création de sociétés nulles pour avoir été formées au moyen d'apports fictifs ou frauduleux et de protéger ainsi tous ceux, quels qu'ils soient, actionnaires ou tiers, auxquels le dol des apporteurs pouvait causer un préjudice quelconque. Or une affirmation solennelle effectuée devant un officier ministériel, qui peut à ce moment rappeler aux intéressés les sanctions qui atteignent une déclaration frauduleuse et leur indiquer de plus les omissions qu'ils auraient pu commettre, n'est-elle pas de nature, autant que faire se peut, à assurer le respect des prescriptions de la loi ? Même d'absolue bonne foi les fondateurs peuvent se rendre coupables d'erreurs susceptibles de tromper les tiers ; le rôle du notaire sera de les redresser.

C'est pourquoi, en considération de ces motifs, mais surtout en nous référant au texte du dernier alinéa de l'article 4 de la loi de 1867, qui ne dispense, sous certaines conditions, que de la vérification des apports, il nous paraît difficile d'adopter la théorie de la Cour de Cassation.

c) Domaine d'application de l'exception.

121. — Nous avons indiqué précédemment que la dispense

(1) V. note Labbé sous Cass. 26 avril 1880 (S. 81.1.5).

de vérification des apports en nature exigeait la réunion de deux conditions : 1^o l'indivision entre tous les apporteurs des biens mis en société ; 2^o une société formée entre les seuls apporteurs.

122. — α) Si la société constituée entre les seuls associés co-propriétaires des apports en nature a de plus émis des actions devant être libérées en espèces et que ces actions ont été entièrement souscrites par les associés, y a-t-il encore lieu à application de la disposition finale de l'article 4 ? Assurément. Les motifs qui ont déterminé le législateur subsistent complètement, car une vérification ordonnée dans ce cas n'aurait pour résultat que de faire apprécier par les souscripteurs leurs propres apports. Les deux conditions — apports indivis, pas d'associés autres que les co-propriétaires des apports indivis — sont remplies ; l'exception s'applique.

123. — β) Mais que décider dans le cas où la société se forme entre les seuls membres d'une société préexistante, de l'actif et du passif de laquelle il est fait apport à la nouvelle société. Il est satisfait à la deuxième des conditions ci-dessus, mais par contre la première n'est pas réalisée. Par suite, en effet, de la personnalité morale reconnue aux sociétés, les apports ne sont pas la co-propriété indivise des associés, ils appartiennent privativement à la première société, dont les associés étaient membres. On devrait donc imposer à une société constituée sur ces bases de procéder à la vérification des apports qu'elle reçoit. Cependant la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour étendre à cette hypothèse le bénéfice de l'exception prévue par l'article 4. Il ressort, en effet, des travaux préparatoires de la loi du 24 juillet 1867 (1) que le législateur a principalement eu

(1) Mathieu et Bourguignat, Comment de la loi sur les sociétés du 24 juillet 1867, p. 327.

en vue ce cas particulier de la transformation d'une société ; il a notamment envisagé l'entreprise qui tout d'abord fonctionnant dans le cadre de la société en nom collectif ou en commandite simple considérerait ultérieurement comme utile d'adopter la forme de la société par actions, les actions composant le capital de la nouvelle société étant réparties entre les associés proportionnellement à l'intérêt que chacun possédait dans l'ancienne. Il faut d'ailleurs reconnaître que la fiction de la personnalité morale ne réduit en rien la valeur des motifs invoqués par la loi à l'appui de la dispense de vérification : les apports sont parfaitement connus de tous les associés, pour lesquels n'existe aucun danger de tromperie et la tenue d'une assemblée devant procéder à l'approbation n'ajouterait rien à leur sécurité. L'esprit, sinon la lettre, de la loi, est donc respecté.

L'exception de l'article 4 appliquée à la transformation d'une société de personnes en société de capitaux constituée entre les seuls membres de la première n'est toutefois, selon nous, admissible qu'autant qu'il s'agit d'un apport de l'actif et du passif de la première société effectué en bloc à la seconde. La dispense de vérification des apports ne nous paraît plus, par contre, pouvoir être autorisée si la société en nom collectif, par exemple, avait été précédemment dissoute et liquidée et si chaque membre apportait ensuite à la société en commandite par actions ou à la société anonyme ce qu'il aurait recueilli dans la liquidation de la société antérieure. Les conditions requises par le dernier alinéa de l'article 4 ne se trouveraient plus remplies, puisque chaque actionnaire effectuerait l'apport d'un bien, dont il aurait la propriété personnelle et exclusive et tous auraient alors intérêt à surveiller l'évaluation donnée aux biens mis en commun par chacun de leurs coassociés.

124. — Bien qu'ayant été incontestablement prévue par le législateur, cette transformation de société avec dispense de

vérification des apports ne nous paraît cependant pas sans danger. Elle peut, en effet, favoriser de nombreuses fraudes, dont la plus fréquente peut se résumer ainsi : formation d'une société en commandite simple, dans le capital de laquelle certains éléments d'actif figurent pour une valeur très exagérée ; puis transformation de cette société en une société de capitaux, de laquelle ne feront partie que les membres de la première société, afin d'échapper à la vérification des apports ; enfin, soit augmentation de capital par voie d'émission d'actions nouvelles, soit emprunt public par voie d'émission d'obligations. Quel que soit d'ailleurs le procédé employé, les souscripteurs d'actions ou d'obligations n'en seront pas moins trompés ; les propriétaires des nouvelles actions émises verront les bénéfices, qui devraient légitimement leur revenir, employés à rétribuer des apports, dont l'utilité sociale n'exigerait en toute équité qu'une rémunération bien inférieure ; les souscripteurs d'obligations auront prêté leur argent à une entreprise qui ne leur offre comme garantie du remboursement de leur capital et du paiement régulier des intérêts qu'un gage insuffisant ou parfois même illusoire. Par contre les membres de l'ancienne société en commandite simple auront en tout état de cause réalisé un profit injustifié ; en général les affaires de la nouvelle société, en raison même de sa constitution défectueuse, périéliteront et le préjudice en résultant ne sera ressenti que par les souscripteurs des actions ou des obligations, les associés originaires n'ayant par hypothèse que fort peu de chose à perdre et n'étant pas responsables du passif (1), tout en ayant profité sous forme d'allocations diverses (appointements fixes, jetons de présence, etc...) des capitaux qui leur ont été confiés ; si, au contraire, l'entreprise

(1) Les gérants de la commandite simple demeurent cependant personnellement tenus du passif créé avant la transformation, mais ce passif ne sera jamais très important, puisque faute d'argent la société n'a guère pu fonctionner avant cette transformation.

prospère, ils auront droit, dans les bénéfices et ensuite dans la répartition de l'actif qui suivra la liquidation, à une part infiniment supérieure à celle qui correspondrait à la valeur réelle de leur mise sociale ; de plus, les actions qu'ils possèdent auront, par suite des apports d'argent frais effectués à la société, bénéficié en général d'une intéressante plus-value et leurs propriétaires en auront, la plupart du temps, réalisé sans tarder la majeure partie pour s'assurer un profit définitif. Enfin les souscripteurs d'actions nouvelles ou d'obligations ne seront pas seuls à souffrir de ces manœuvres ; les tiers, qui contractent avec la société, ne seront pas plus à l'abri, puisqu'ils lui auront consenti, sur l'annonce d'un capital important, des crédits qu'ils n'auraient vraisemblablement pas accordés, s'ils avaient eu connaissance de l'exacte vérité.

Mais, dira-t-on, les dommages causés par de telles combinaisons ne seront pas sans entraîner à l'égard de leurs auteurs les sanctions, dont dispose l'autorité judiciaire : sur la plainte des actionnaires, obligataires ou tiers lésés, les tribunaux, devant lesquels les manœuvres coupables auront été établies, prononceront la nullité de la société frauduleusement constituée et, abstraction faite de la condamnation aux peines prévues par la loi, mettront à la charge des fondateurs indécents et de leurs complices la réparation du préjudice causé. Malheureusement, nous savons que la fraude ne se présume pas et ceux qui auront la charge d'en administrer la preuve ne disposeront pas toujours des éléments qui leur seraient nécessaires pour cela ; en admettant même qu'ils réussissent à satisfaire aux exigences de la loi sur ce point, la créance, dont ils seront alors porteurs, risquera de demeurer entre les mains une arme inutile, vu l'insolvabilité trop fréquente de cette sorte de débiteurs. D'ailleurs cette intervention de l'autorité judiciaire ne constitue qu'un moyen répressif, qui, en raison même de sa nature, atteint trop rarement le but qui lui est assigné.

125. — Une légère amélioration a cependant été réalisée par le législateur lors de la rédaction de la loi récente du 7 mars 1925 tendant à instituer des sociétés à responsabilité limitée. Le 1^{er} alinéa de l'article 41 prévoit, en effet, que *sous réserve des droits des tiers* « les sociétés en nom collectif ou en commandite et les sociétés anonymes constituées antérieurement ou postérieurement à la présente loi, peuvent se transformer en sociétés à responsabilité limitée » et que « *sous la même réserve* les sociétés à responsabilité limitée constituées conformément à la présente loi pourront se transformer en sociétés anonymes ». Or, aux termes de l'article 8 de la même loi, « les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature », l'action en responsabilité ne se prescrivant que par l'expiration d'un délai de dix ans à compter du jour de la constitution de la société. En raison de ces dispositions, le danger pouvant résulter pour les tiers de la transformation en société anonyme d'une société à responsabilité limitée, dont la valeur des apports en nature aurait été exagérée, se trouve déjà diminué, car, en dépit de la transformation opérée, les premiers associés continueront à répondre de cette valeur pendant dix ans. Cette solution est indiscutable en ce qui concerne les créanciers sociaux antérieurs à la transformation, mais elle ne nous paraît pouvoir s'appliquer, ni aux créanciers postérieurs, ni aux actionnaires participant à une augmentation de capital de la société anonyme issue de la transformation, pas plus d'ailleurs qu'aux obligataires ayant souscrit à un emprunt émis par cette société anonyme.

Il serait donc désirable qu'une disposition législative prochaine étendît le principe de cette responsabilité 1° aux membres de toutes sociétés de personnes qui se transformeront en sociétés de capitaux, 2° aux fondateurs et apporteurs de sociétés de capitaux, dans lesquelles il n'aurait pas été procédé lors

de la constitution à la vérification des apports en nature, et ce par application des dispositions du dernier alinéa de l'article 4 de la loi de 1867, et que cette responsabilité fût déclarée exister non seulement vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire des créanciers sociaux, mais encore en faveur des obligataires et des actionnaires n'étant devenus membres de la société qu'à l'occasion d'une augmentation de capital. Ainsi les personnes ayant été lésées par des agissements dolosifs ne seraient plus astreintes pour intenter une action, à faire la preuve préalable de la fraude ; il leur suffirait d'établir que le chiffre de la rémunération des apports était supérieur au montant de la valeur réelle de ceux-ci.

Certes une telle mesure n'empêcherait pas la majoration exagérée de la valeur des apports ; seul un remède préventif pourrait être à cet effet d'une utilité quelconque ; il faudrait dans ce but réaliser une réforme fondamentale de notre procédé de vérification des apports, auquel serait substituée une des méthodes signalées ci-dessus, cette vérification devant de plus être imposée dans tous les cas, quels qu'ils soient, sans aucune exception.

126. — γ) Enfin, est-il encore possible d'appliquer l'exception résultant de la disposition finale de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 aux sociétés dont le capital ne comprend aucune somme en espèces, mais est uniquement composé d'apports en nature même appartenant divisément aux associés ? Etant donné les termes précis de la loi, il pourrait sembler que, poser cette question, c'est la résoudre, puisqu'une des conditions exigées, à savoir la co-propriété de tous les apporteurs sur les biens apportés, fait défaut. Et cependant c'est dans le sens de l'affirmative, c'est-à-dire pour l'extension de l'exception, que se prononce la Cour de Cassation suivie d'ailleurs par la majeure

re partie des cours et des tribunaux (1) et de quelques auteurs (2). A l'appui de sa théorie, la jurisprudence invoque les motifs suivants. Le législateur, prétend-elle, en ordonnant les prescriptions contenues dans l'article 4 n'a eu pour but que la protection des souscripteurs d'actions de numéraire contre les exagérations ou les fraudes des apporteurs ; si ces prescriptions avaient été destinées également dans son esprit à garantir l'intérêt des créanciers sociaux ou des futurs cessionnaires d'actions, il n'aurait certainement pas édicté la dispense de vérification instituée par le dernier alinéa dudit article ; dès lors, par conséquent, que la société se forme sans émission d'actions à libérer en numéraire, le but visé par le législateur disparaît et les précautions prises par lui à cet effet n'ont plus à être appliquées. Le deuxième argument de la jurisprudence est tiré du texte des articles 4 et 30 de la loi de 1867, lesquels règlent les conditions de quorum et de majorité, auxquelles peuvent valablement délibérer les assemblées constitutives ; d'après ces articles, la majorité doit comprendre le quart des actionnaires et de plus représenter le quart du capital social en numéraire et d'autre part, en ce qui concerne les sociétés anonymes, le quorum requis est de la moitié du capital non soumis à vérification. Or, dit la jurisprudence, ces conditions sont irréalisables, lorsqu'il n'existe aucun capital en numéraire, et, pour ne pas prohiber indirectement la constitution de sociétés ainsi formées, il faut les dispenser de la vérification des apports.

127. — Nous avons déjà indiqué que l'opinion, suivant laquelle le législateur n'avait eu nul souci de l'intérêt des tiers,

(1) Cass. 26 avril 1880. (S. 81.1.5) ; Cass. 9 novembre 1887. S. 88.1.449 et note Labbé ; Cour de la Réunion, 16 juin 1876 (S. 77.2.5) ; Nîmes, 17 juin 1885. (S. 88.1.449) ; Paris, 21 mai 1892. (S. 92.2.270) ; Trib. Comm. Seine, 23 juillet 1889. (R. S. 1890.33) ; 29 juillet 1899. (J. S. 1900.273).

(2) Vavas seur, *Traité des Sociétés Civiles et Commerciales*, Paris, 1910, n° 335 ; Labbé, *note précitée*. (S. 88.1.449) ; Hémar d, *op. cit.*, n° 225.

était tout au moins sujette à discussion, mais même en admettant cette théorie, que la loi n'a entendu protéger que les souscripteurs d'actions de numéraire contre les exagérations ou le dol des apporteurs, la thèse de la jurisprudence ne nous paraît pas pouvoir être plus facilement adoptée. Les motifs déterminants de l'exception prévue par la loi dans le dernier alinéa de l'article 4 résultent, en effet, de l'absence d'intérêt que peuvent avoir les associés à procéder à la vérification d'un apport, dont ils sont co-propriétaires, puisque la majoration de la valeur de l'apport « ne profiterait à aucun par cela même qu'elle profiterait à chacun et à tous également ». (1)

Mais ces motifs n'existent plus dans l'hypothèse actuelle : les biens apportés ne sont pas la propriété indivise des apporteurs et tel associé peut légitimement vouloir veiller à ce qu'il ne soit pas attribué à l'apport de son ou de ses co-associés une valeur exagérée. Il s'agit bien là de la protection d'actionnaires contre les agissements d'autres actionnaires, but que la jurisprudence reconnaît avoir été celui du législateur. D'ailleurs il est admis par d'assez nombreuses décisions judiciaires, que l'apporteur, qui ne peut voter lors de la vérification de ses propres apports, a par contre voix délibérative, dès qu'il s'agit de l'estimation des biens apportés par d'autres associés (2). N'y a-t-il pas là une contradiction qui rend peu décisive la première raison invoquée par la jurisprudence ?

Le second argument développé à l'appui de sa thèse a plus de vigueur ; nous allons cependant démontrer qu'il n'est pas non plus très convaincant. L'article 30, en effet, précise que dans les sociétés anonymes les assemblées constitutives doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant la « moitié du capital social » et le deuxième alinéa ajoute que

(1) Pont, *op. cit.*, n° 972.

(2) Cass. 20 janvier 1892. (S. 92.1.260) ; Paris, 12 janvier 1887. (J. S. 1887.175 ; Paris, 17 novembre 1891. (S. 92.2.281).

« le capital social dont la moitié doit être représentée pour la « vérification de l'apport, se compose seulement des apports « non soumis à vérification ». Or, « apports non soumis à vérification » ne veut pas nécessairement signifier apports en numéraire, puisqu'ainsi que nous venons de l'indiquer les apporteurs en nature ont le droit de participer au vote dès qu'il ne s'agit plus de leurs apports personnels ; les apports non soumis à vérification comprennent donc tous les apports quels qu'ils soient, en nature ou en espèces, autres que ceux sur l'appréciation desquels il va être statué ; il devra en conséquence être procédé à plusieurs délibérations, c'est-à-dire à autant de délibérations qu'il existe d'apports divis, le quorum requis par la loi se trouvant modifié lors de chaque délibération. Rien d'ailleurs dans le texte de la loi ne s'oppose à ce qu'il en soit ainsi et tout ce qui n'est pas défendu par elle est permis.

L'article 4 par contre a une rédaction différente, puisqu'il exige une majorité réunissant le quart des actionnaires, lesquels doivent de plus représenter le quart du capital en numéraire. Si l'on prend cet article à la lettre, aucun doute n'est possible et l'assemblée ne peut être tenue valablement puisque par hypothèse il n'existe pas de capital en numéraire. Nous pensons cependant que ce serait aller directement à l'encontre des intentions de la loi. Qu'a-t-elle voulu, en effet, si ce n'est instituer un régime permettant de s'opposer à des agissements frauduleux et d'éviter qu'une partie des actionnaires fût trompée par l'autre partie ? Quand la loi a exigé que la majorité fût au minimum du quart du capital en numéraire, elle n'a statué que *de eo quod plerumque fit* et n'a nullement envisagé le cas particulier qui nous retient actuellement. Enfin suivre la jurisprudence serait faire dire indirectement à la loi qu'elle considère comme irréalisables les sociétés, qui ne seraient constituées qu'au moyen d'apports en nature appartenant divisément aux apporteurs ; la jurisprudence elle-même a reculé devant cette

conséquence logique de son interprétation du 4^e alinéa de l'article 4 et elle a alors appliqué à ces sociétés des dispositions édictées en vue de cas totalement différents.

Aussi les arguments de la jurisprudence nous paraissent-ils peu pertinents et nous croyons plus conforme à l'intention du législateur de décider, d'accord avec la majorité des auteurs (1) suivie d'ailleurs par quelques décisions du Tribunal de Commerce de la Seine (2), qu'il n'y a pas lieu à application de la disposition finale du dernier alinéa de l'article 4 de la loi de 1867, c'est-à-dire à dispense de vérification des apports, lorsque la société est constituée sans aucun capital en numéraire et que les apports en nature qui forment la totalité du fonds social ne sont pas la propriété indivise de tous les apporteurs. Les motifs qui ont guidé le législateur dans l'établissement de cette dispense font ici défaut, puisque l'intérêt des actionnaires, propriétaires personnels de leurs apports, commande cette vérification, et les règles générales formant le droit commun des sociétés doivent alors être observées.

SECTION 2

Augmentation de Capital

128. — Une société peut être amenée au cours de sa vie sociale à envisager l'extension de ses moyens d'action, soit en faisant appel à de nouveaux capitaux, soit en acquérant de

(1) Pont, op. cit., n° 972 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., n° 718 ; Percerou, Des fondateurs de sociétés anonymes, p. 127 ; Arthuys, op. cit., n° 370 ; Pic, op. cit., n° 835 ; Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 588.

(2) Trib. Comm. Seine, 9 juillet 1879. (J. T. C. 1879.577) ; 15 octobre 1879. (J. T. C. 1880.7) ; 20 juillet 1886. (S. 92.2.270) ; 9 décembre 1903. (J. T. C. 1905.288).

nouveaux biens mobiliers ou immobiliers. Si, en échange de ces nouveaux biens ou de tout ou partie de ses biens, la société remet à leurs propriétaires des actions ou elle vient de créer, cette opération constitue une augmentation de capital, à concurrence du montant des nouvelles actions émises par la société.

Rappelons brièvement que, tout au moins jusqu'à la promulgation de la loi du 16 novembre 1903 ayant autorisé la création d'actions de priorité et malgré une jurisprudence contraire, il avait été soutenu par certains auteurs que l'augmentation de capital non prévue par les statuts emportait création d'une société nouvelle ; certains même étaient d'avis que dans tous les cas l'augmentation de capital avait pour effet de substituer une nouvelle société à l'ancienne. Cette opinion ne peut plus être admise, notamment depuis la loi du 22 novembre 1913, ayant modifié l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, et d'après laquelle l'assemblée générale peut modifier les statuts de la société dans toutes leurs dispositions. Avec la doctrine et la jurisprudence actuelles nous considérerons donc qu'en principe l'augmentation de capital ne constitue qu'une modification des statuts et ne donne pas naissance à une société nouvelle, sous réserve toutefois de certains cas particuliers où cette augmentation de capital est accompagnée de réformes radicales et profondes touchant des clauses essentielles du pacte social.

129. — Ce principe étant posé, y a-t-il lieu lors d'une augmentation de capital comprenant des apports en nature de procéder à la vérification de ces apports selon les règles établies par l'article 4 de la loi de 1867 pour la constitution de la société ? Dans le cas où cette augmentation est prévue dans les statuts certains auteurs, et notamment Pont (1) critiquant un arrêt de la

(1) Pont, op. cit., n° 876 et les auteurs cités tome II, p. 52, note 1 et n° 1082.

Cour de Cassation du 27 janvier 1873 (S. 73.1.163), ont rigoureusement soutenu la négative; l'article 4, dit-on, ne s'est occupé de la constitution des sociétés et nullement des modifications dont elles peuvent être l'objet au cours de leur existence; le texte de la loi et toutes les discussions auxquelles ont donné lieu les travaux préparatoires confirment d'ailleurs cette opinion: de plus lorsque la société est régulièrement constituée le législateur a atteint son but; en effet, d'après le rapporteur de la Commission du Corps législatif, « c'est surtout à l'origine des sociétés
« qu'il faut saisir l'agiotage; car c'est alors que le charlatanisme agit avec succès. On est encore dans l'inconnu, dans la
« période des illusions et des entraînements; plus tard, le capital sera versé; l'entreprise aura marché; on en saura le
« produit ». (1) Nous pensons que c'est là interpréter d'une manière trop restrictive les intentions du législateur, qui s'est particulièrement efforcé de prévenir les fraudes susceptibles d'être commises à l'occasion des apports en nature. Comme le fait très justement remarquer l'arrêt précité de la Cour de Cassation du 27 janvier 1873, le capital nouveau aussi bien que le capital originaire constituent la garantie des tiers et les mêmes règles doivent en conséquence présider à leur formation. Quels abus ne favoriserait pas d'ailleurs la théorie contraire? Il suffirait de créer une société avec un capital en espèces minime et, aussitôt la constitution définitive réalisée, de procéder à une augmentation de capital, à la faveur de laquelle seraient apportés les biens que l'on aurait voulu faire échapper à la vérification. Certes, on peut répondre que si l'on a agi avec une intention de fraude, qui est ensuite reconnue, la nullité sera prononcée par les tribunaux, mais nous avons déjà montré le peu d'efficacité d'un tel remède. Aussi n'est il plus discuté maintenant que les formalités requises à l'occasion de la consti-

(1) D. 1856.4.110.

tution des sociétés, y compris les règles relatives à l'approbation des apports, doivent être observées en cas d'augmentation de capital.

130. — Mais devrait-on d'une manière absolue appliquer les règles édictées par l'article 4, si l'augmentation du capital consistait uniquement dans l'incorporation au capital originaire d'un bien appartenant indivisément à tous les apporteurs et faire alors intervenir la dispense contenue dans le dernier alinéa de cet article ? Nous ne le pensons pas. Il ne faut pas, en effet, assimiler en tous points l'augmentation de capital à la constitution de la société ; agir ainsi, c'est-à-dire faire abstraction de la constitution réalisée antérieurement, serait proclamer que l'augmentation de capital équivaut à la formation d'une nouvelle société ; théorie qui, nous venons de le voir, ne peut plus être défendue. Puisqu'il s'agit de la même société simplement modifiée, les conditions exigées par le dernier alinéa de l'article 4 ne se trouvent plus remplies, les apporteurs du bien constituant l'augmentation de capital n'étant pas les seuls membres de la société. Les motifs qui ont provoqué cette exception font alors défaut ; les propriétaires d'actions émises lors de la constitution ont un intérêt incontestable à surveiller l'évaluation de l'apport et les formalités de la vérification doivent être rigoureusement observées. Si cependant le nouveau bien apporté appartenait par indivis aux seuls membres de la société déjà constituée, l'utilité d'une vérification disparaîtrait et la disposition finale de l'article 4 devrait alors recevoir application.

131. — Une augmentation de capital peut être réalisée, soit par émission d'actions à libérer en espèces, soit par émission d'actions représentatives d'apports en nature, soit enfin par une double émission d'actions à libérer en espèces et d'actions représentatives d'apports. Nous allons examiner les questions spéciales qui peuvent se poser dans ces diverses hypothèses.

a) *Augmentation de capital par émission d'actions à libérer en espèces.*

Dans cette hypothèse on a voulu parfois considérer que l'actif et le passif de la société constituaient à l'égard des nouveaux actionnaires un véritable apport en nature et l'on a en conséquence émis l'avis que, comme tout apport, l'évaluation de cet actif et de ce passif devrait être soumis, conformément à l'article 4, à l'approbation d'assemblées délibérant dans les conditions de quorum et de majorité prévues par la loi pour les assemblées constitutives (1). Cette opinion nous paraîtrait à la fois rationnelle et logique si l'on admettait que l'augmentation de capital donnât naissance à une société nouvelle ; en ce cas, en effet, l'ancienne société jouerait le rôle de fondateur et d'apporteur et son apport devrait subir le contrôle des nouveaux actionnaires. Mais il n'en est rien et les partisans mêmes de cette théorie reconnaissent qu'il n'y a pas création d'un être moral nouveau, mais simplement modification d'une société préexistante. Or, les apports, que cette société a reçus lors de sa constitution, ont déjà été vérifiés et c'est après l'accomplissement des formalités exigées par la loi que leur évaluation a été fixée ; de plus la loi n'a prescrit cette vérification qu'au moment où les apports sont incorporés au capital social, soit au début de la société, soit à l'occasion d'une augmentation de capital et demander qu'il soit procédé à un nouvel examen de biens, qui font déjà partie intégrante du capital, nous paraît constituer une mesure arbitraire qui dépasse les intentions d'ailleurs formulées d'une façon précise par le législateur. Enfin, nous soutenons même que l'avant-dernier alinéa de l'article 4 s'oppose à une telle vérification puisque ce n'est que pour cause de dol ou de fraude que l'évaluation et l'approbation des apports peuvent être remises en question. D'autre part, il

(1) Conclusions Ditte, Paris, 20 juin 1891 (Gaz. trib. 28 août 1891).

faut reconnaître que même l'intérêt des nouveaux actionnaires ne commande pas cette vérification collective : chacun d'eux, en effet, lorsqu'il est sollicité de souscrire une part de l'augmentation de capital peut y procéder personnellement en ce qui le concerne et faire dépendre son acceptation d'un examen sérieux de la situation actuelle de la société ; à lui de s'abstenir s'il n'obtient pas toutes les précisions nécessaires. Mais en serait-il encore de même si, lors de la constitution de la société, il n'avait été procédé à aucune vérification des apports par application des règles du dernier alinéa de l'article 4 de la loi de 1867 ? Nous ne voyons pas de motifs pour adopter, en l'état actuel des textes, une solution différente. Ces apports ont été régulièrement incorporés au capital social ; la loi de plus, n'a prévu de vérification qu'au moment même des apports et ce serait ajouter à la loi qu'y faire procéder ultérieurement.

b) *Augmentation de capital par émission d'actions représentatives d'apports en nature.*

132. — Nous avons indiqué précédemment que la jurisprudence considèrerait non seulement comme inutile mais encore comme impossible la vérification des apports lors de la constitution d'une société dont le capital ne comprend que des apports en nature. Or cette situation se rencontre fréquemment en matière d'augmentation de capital, lorsque la société acquiert un immeuble ou une usine, dont elle acquitte le prix au moyen d'actions. C'est aussi le cas de fusion de deux sociétés, dont l'une est absorbée par l'autre ; la société absorbée fait alors apport de son actif et de son passif à la société absorbante, qui continue seule d'exister avec un capital augmenté de toute la valeur des éléments composant l'actif net de l'autre société. Doit-on alors procéder à la vérification des apports ?

Etant donné qu'il est aujourd'hui unanimement admis que

toutes les formalités prescrites lors de la constitution d'une société doivent être observées en cas d'augmentation de capital, la réponse affirmative nous paraît peu discutable. Elle a cependant été combattue par un auteur (1), motif pris de ce que l'assemblée devant vérifier les apports devait se composer uniquement des souscripteurs d'actions de numéraire et que ceux-ci en faisaient défaut dans l'hypothèse envisagée. Pour les diverses raisons que nous avons développées plus haut (V. supra n° 125 et s.) nous estimons que cette vérification par les anciens actionnaires de la société, dont le capital est augmenté, doit avoir lieu. La loi, en effet, n'en dispense que lorsque la société est formée entre les seuls propriétaires d'apports indivis ; or, ces conditions ne sont pas remplies. Les anciens actionnaires ont un intérêt primordial à surveiller l'évaluation, dont l'apport va être l'objet, et cette surveillance ne peut être efficacement exercée que si toutes les formalités prescrites par l'article 4 sont accomplies.

c) *Augmentation de capital par double émission d'actions à libérer en espèces et d'actions représentatives d'apports en nature.*

133. — En conformité du principe déjà énoncé, il y a alors lieu de remplir toutes les formalités prescrites par la loi lors de la constitution de la société et notamment de faire vérifier les apports par les anciens actionnaires et les souscripteurs des nouvelles actions de numéraire (2). Certains cas particuliers doivent toutefois être examinés.

(1) Vavas seur, op. cit., n° 361.

(2) Une réserve toutefois doit être faite pour le cas, plus théorique que pratique, où les apports appartiendraient indivisément aux anciens actionnaires et où ceux-ci, en même temps auraient souscrit la totalité des nouvelles actions de numéraire. La disposition finale de l'article 4 devrait alors recevoir application.

134. — Nous avons vu précédemment qu'une créance peut faire valablement l'objet d'une mise en société à la condition d'observer à cette occasion les règles des articles 1689 et suivants du Code Civil ; une telle convention constitue un apport en nature et doit donc être soumise à vérification, il en serait de même au cas d'augmentation de capital. Mais que décider dans le cas où une société obtiendrait l'accord de ses créanciers pour convertir leurs créances en actions nouvelles émises à titre d'augmentation de capital ? L'hypothèse n'est pas absolument semblable à celle envisagée précédemment. Lors de la constitution de la société, en effet, il ne peut s'agir que de l'apport d'une créance sur un tiers, puisque la société n'existant pas encore ne saurait être créancier ou débiteur ; par contre il n'est ici question que des créances existant contre la société elle-même et du montant desquelles elle est personnellement tenue. Or, si l'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 1867 précise que le premier quart du montant des actions de numéraire doit être nécessairement versé en espèces, il ne considère pas cette règle comme applicable à la libération des autres quarts, laquelle peut s'effectuer par tous les modes reconnus par la loi comme constituant un paiement valable ; elle peut donc être opérée par voie de compensation. *A fortiori* en sera-t-il de même pour la libération des actions de numéraire émises lors d'une augmentation de capital. La société pourrait donc, après avoir reçu le consentement nécessaire de ses créanciers, recueillir leurs souscriptions des actions nouvellement émises, lesquelles seraient alors libérées par compensation avec les sommes dont la société serait débitrice envers eux. S'ensuit-il qu'il serait irrégulier de procéder par voie de vérification d'apports ? Nous ne le pensons pas ; la société a simplement le choix entre les deux moyens, mais le premier nous paraît devoir être de préférence employé en raison de sa plus grande rapidité. Cette solution cependant ne nous paraît exacte qu'autant que la compensation s'opère

normalement entre le montant de la créance et celui de la souscription et jusqu'à concurrence de la plus faible de ces deux sommes.

Si au contraire les créanciers acceptaient de recevoir pour solde des sommes à eux dues un nombre d'actions atteignant en valeur nominale un montant inférieur ou supérieur à celui de leurs créances, il y aurait lieu selon nous à vérification. En effet la remise en actions d'une somme inférieure au montant de la créance nous paraît devoir être considérée comme rémunérant un apport consistant en une remise de dette, que les actionnaires ont intérêt à surveiller ; dans le cas inverse le créancier bénéficierait d'un avantage particulier soumis aussi, comme tel, à vérification.

135. — Mais, serait-il possible, en conséquence de ce qui précède et en admettant la théorie d'après laquelle la part de fondateur est considérée comme une créance contre la société, de réaliser une augmentation de capital, qui en tout ou en partie serait constituée par l'apport de leur droit de créance qu'effectueraient à la société les propriétaires de parts de fondateurs moyennant la remise d'actions d'apport nouvellement créées ? Nous avons précédemment indiqué que nous ne considérons comme un apport juridiquement valable que la transmission à une société de tout avantage appréciable en argent et susceptible de figurer pour le montant de sa valeur à un poste de l'actif du bilan de la société. Or, même en accordant à la part de fondateur le caractère d'une créance sur la société, cette créance n'est qu'éventuelle puisque le droit qu'elle confère à son propriétaire n'existe qu'autant que la société a réalisé des bénéfices ; il s'ensuit donc qu'un apport, consistant uniquement en parts de fondateur antérieurement émises par la société, ne représenterait pour elle aucun élément nouveau d'actif, qu'en conséquence cet apport devrait être considéré comme fictif et que

l'augmentation de capital, à l'occasion de laquelle il aurait été effectué, serait entachée de nullité. Faut-il en déduire que la conversion de parts de fondateur en actions est illicite ? Nullement, car il existe à la disposition des sociétés qui veulent y procéder, d'autres moyens pour la réaliser. La licéité de cette opération se trouve d'ailleurs confirmée, sous certaines réserves par les articles 7 et 8 de la loi récente du 23 janvier 1929 sur les parts de fondateurs émises par les sociétés et nous aurons l'occasion d'y revenir, lorsque nous étudierons le régime juridique de ces parts.

SECTION 3.

Fusion et Transformation

136. — La constitution d'une société et l'augmentation ultérieure de son capital ne sont pas les seuls cas, à l'occasion desquels se pose la question de savoir, s'il y a lieu ou non de procéder à la vérification des apports. Celle-ci surgit encore lorsque deux ou plusieurs sociétés se fondent ensemble pour n'en plus former qu'une, c'est alors la fusion, ou lorsqu'une société abandonne le type dans le cadre duquel elle avait été primitivement constituée pour en adopter un autre et réalise ainsi ce que nous appelons une transformation de société. Déterminer les cas où dans ces hypothèses doivent être appliquées les règles établies par l'article 4 de la loi de 1867 va faire l'objet de la présente section.

A. — *Fusion de sociétés.*

137. — Une fusion de sociétés peut s'opérer de deux manières, soit par voie d'annexion, soit par voie de création d'une

société nouvelle. Lorsqu'une ou plusieurs sociétés feront apport de la totalité des éléments constituant leur actif à une autre société déjà existante, qui subsistera seule, mais dont le capital se trouvera alors augmenté du montant de la valeur des apports qui lui auront été effectués, il y aura fusion par annexion ou absorption. Lorsqu'au contraire toutes les sociétés préexistantes feront apport de leur actif à une société en voie de formation, il s'agira d'une fusion par voie de création de société nouvelle.

Dans le premier cas la fusion constitue pour la société absorbante une augmentation de capital par émission d'actions représentatives d'apports en nature et il y a lieu d'appliquer les règles que nous avons signalées précédemment à ce sujet (V. *supra* n° 131).

Dans la seconde alternative une distinction doit être préalablement faite ; la fusion, par voie de création d'une société nouvelle, s'opère avec ou sans émission d'actions à libérer en espèces. Dès lors qu'à sa constitution la société reçoit des apports en numéraire, aucun doute ne peut subsister sur la nécessité de faire procéder dans les formes de l'article 4 à la vérification des apports en nature. Mais que décider si le capital de la société nouvelle n'est formé que par l'apport, qui lui est effectué, de l'actif des sociétés préexistantes sans aucun versement de numéraire, le solde en caisse de ces sociétés formant un fonds de roulement suffisant pour la nouvelle société ? Nous avons examiné (V. *supra* n° 125) et critiqué la solution de la jurisprudence qui est d'avis qu'en ce cas la procédure de vérification des apports est à la fois inutile et impossible. Nous nous bornons à rappeler que dans cette hypothèse les conditions exigées pour l'application de la disposition finale de l'article 4 ne sont pas remplies, qu'au surplus les actionnaires ont un intérêt incontestable à surveiller l'évaluation donnée à un apport qu'ils n'ont pas effectué, qu'enfin le texte des articles 4 et 30 de la loi du 24 juillet 1867 ne rend nullement impossible

la tenue des assemblées prescrites ; pour toutes ces raisons il y a donc lieu, selon nous, de procéder à la vérification des apports.

B. — *Transformation de société.*

138. — La transformation de société est constituée par « la « conversion d'une société d'un type légal déterminé en une « société d'un autre type » (1). Lorsque le nouveau type adopté est celui d'une société par actions, est-ce nécessaire de remplir toutes les formalités prescrites par la loi de 1867 pour la constitution de telles sociétés et notamment doit-on procéder à la vérification des apports ordonnée par l'article 4 (2) ? Quoique cette question ne comporte pas de réponse absolue, on peut néanmoins indiquer qu'en principe la nécessité de cette vérification est subordonnée au fait de savoir si la transformation opérée a pour effet de maintenir la société préexistante ou de donner naissance à une nouvelle société. En effet, si la société continue d'exister, la transformation ne constitue qu'une modification des statuts, et cette société, ayant été, par hypothèse, régulièrement constituée lors de sa formation, il n'y a pas lieu d'avoir recours à de nouvelles formalités constitutives (3).

Si, au contraire, la transformation entraîne la création d'un être moral nouveau, elle donne lieu alternativement à deux opérations juridiques distinctes, dissolution de la première société et constitution d'une société nouvelle pour laquelle, selon le droit commun, on devra observer les règles prévues par les articles 1 et 4 de la loi de 1867 (4). Bien qu'il ne rentre pas

(1) Hémard, *op. cit.*, n° 292.

(2) Seule la seconde question sera examinée ici.

(3) Cass. 26 octobre 1910. (J. S. 1911.110). Sic ; Wahl. (J. S. 1910.145 et 164).

(4) Cass. 12 mars 1888. (S. 89.1.304) ; 11 avril 1905. (S. 1906.1.361) ; 26 octobre 1910, précitée. Sic ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 1029 bis ; Wahl. (J. S. 1910.103) ; Hémard, *op. cit.*, n° 294 ; Houpin et Bosvieux *op. cit.*, n° 785.

dans le cadre de cette étude de déterminer les cas où la transformation a pour conséquence le maintien de l'ancienne société ou la création d'une société nouvelle, on peut cependant indiquer qu'il est à peu près unanimement admis qu'il n'y a pas société nouvelle, lorsque la transformation a été prévue et autorisée par les statuts ou par la loi. Tels sont les principes d'après lesquels on décide si l'on doit ou non exiger, pour la validité de la société transformée, l'observation des règles prescrites par le législateur selon le type adopté.

139. — Ces principes toutefois ne doivent pas être appliqués d'une façon absolue en ce qui concerne la vérification des apports. C'est ainsi, comme nous l'avons vu, qu'en cas de transformation d'une société de personnes en société de capitaux, laquelle ne comprend pas d'autres membres que ceux de la société originaire, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour faire intervenir la disposition finale de l'article 4 de la loi de 1867 et cela même en l'absence d'une clause des statuts de la société de personnes autorisant la transformation. Il en sera de même, c'est-à-dire que la vérification sera inutile, pour la transformation en société anonyme d'une société à responsabilité limitée, car ici l'autorisation est prévue et accordée par la loi du 7 mars 1925 dans le 2^e alinéa de l'article 41 ; mais, si la société à responsabilité limitée voulait adopter la forme d'une commandite simple ou par actions ou d'une autre société, sans que ce changement résulte d'une autorisation expresse des statuts, il y aurait constitution d'une société nouvelle et par suite nécessité de procéder à la vérification des apports, la loi n'ayant pas prévu cette transformation. Enfin la procédure de vérification n'est également pas exigée en cas de transformation prévue et autorisée par les statuts d'une commandite par actions en société anonyme. Mais, que décider dans le cas où le pacte social est muet à ce sujet ? Nous avons signalé que la jurispru-

dence étend l'application des dispositions du dernier alinéa de l'article 4 à toutes les constitutions de sociétés par actions, dont le capital ne comprend que des apports en nature ; fidèle à sa thèse, elle décide qu'il en est ainsi lors de la transformation d'une société quelconque en société par actions (1), bien que dans ce cas il soit créé une société nouvelle. Nous avons précédemment critiqué cette jurisprudence appliquée à la fusion de deux ou plusieurs sociétés, en faisant remarquer que la vérification était alors à la fois et utile et possible. Cette solution adoptée en cas de transformation d'une commandite par actions en société anonyme n'appelle pas les mêmes objections ; en effet, ou bien les apports ont déjà subi une vérification lors de la constitution de la société en commandite, ou bien ils en ont été dispensés par loi et dans l'un et l'autre cas il n'est nécessaire ni de la répéter ni d'avoir recours tardivement à une formalité, dont l'accomplissement pourra d'ailleurs en pratique se heurter fréquemment à de grosses difficultés ; d'autre part l'élément, qui aurait intérêt à exercer un contrôle, fait ici complètement défaut et cette absence rend non seulement le contrôle superflu, mais rend de plus impossible la tenue de l'assemblée, qui devrait y procéder. Les intentions du législateur sont alors respectées et il nous paraît possible d'adopter la théorie de la jurisprudence.

140. — Les solutions ci-dessus ne concernent que les transformations pures et simples. En sera-t-il de même lorsque, simultanément à la transformation, la société procèdera à une augmentation de capital ? Envisageons tout d'abord l'hypothèse d'une augmentation de capital en numéraire : on pourrait alors soutenir que l'élément intéressé à une vérification des apports existe et qu'en conséquence elle doit avoir lieu. Nous rappelons

(1) Trib. Bar-sur-Aube, 5 juin 1896. (J. S. 1897.313) ; Sic. Wahl. (J. S. 1919, 154 et 158 ; Hémard, op. cit., n^{os} 255 et 294.

à ce sujet qu'au moment de la discussion de la loi le Conseil d'Etat a refusé de suivre la commission du Corps législatif, qui demandait que fût ajoutée au dernier alinéa de l'article 4 la mention suivante : « *et ne font pas appel à une souscription publique* », et ce vraisemblablement en raison de la difficulté, tant de déterminer le délai pendant lequel cette interdiction d'un appel à des capitaux étrangers devrait être observée pour jouir de l'exception, que de procéder longtemps après la constitution à une vérification d'apports détériorés par l'usage et même disparus. Dans ces conditions, et lorsque l'ancienne société subsiste, nous pensons qu'il n'y a pas à remplir les formalités de vérification ; seules devront être observées les règles prescrites pour la déclaration de souscription et de versement du nouveau capital espèces. Mais si il y a création d'un être moral nouveau, le droit commun de la constitution des sociétés par actions devra être appliqué dans toutes ses dispositions. Par contre, dans l'hypothèse inverse où l'augmentation de capital serait réalisée au moyen de nouveaux apports en nature, et réserve faite pour le cas où ces apports appartiendraient indivisément aux membres de la société, qui continueraient à demeurer les seuls associés, une vérification respectant toutes les formalités prescrites par l'article 4 s'imposerait, quelles que soient d'ailleurs les effets de la transformation sur le maintien ou la disparition de la société originaire ; dans la société qui subsiste en effet, les premiers associés ont intérêt à surveiller l'évaluation de ces apports et la nouvelle société, qui est substituée à l'ancienne, doit, à peine de nullité, observer les formalités prescrites par la loi et notamment celles de l'article 4.

141. — Le législateur de 1867 a subordonné à des conditions extrêmement précises l'application de la dispense de vérification édictée par le dernier alinéa de l'article 4, mais nous avons vu comment la jurisprudence a étendu de façon démesurée le

domaine de cette exception, dont elle fait bénéficier de nombreux cas que n'avaient certainement pas eu en vue les rédacteurs de la loi. Guidée par le désir de favoriser l'essor commercial et industriel elle a voulu, pourrait-on dire à sa décharge, restreindre au minimum les formalités que le monde des affaires a trop souvent tendance à considérer comme des entraves inutiles. Mais la prospérité économique exige-t-elle seulement des organismes rapidement constitués ? Elle a, selon nous, avant tout besoin d'organismes sains ! Aussi, loin de suivre la voie tracée par les décisions de la jurisprudence, nous pensons au contraire que la dispense de vérification des apports devrait être actuellement réduite aux seules hypothèses expressément prévues par le législateur, pour être ensuite, par un texte modifiant ceux en vigueur, complètement supprimée. On objectera, qu'en l'état actuel de notre législation sur les sociétés, il existe des cas où cette vérification est matériellement impossible ; nous en convenons, et c'est pourquoi nous persistons à penser qu'une réforme radicale de notre système de vérification s'impose. Lorsque les apports en nature devront en toutes circonstances passer au crible de l'examen d'experts spécialisés et constitués en un corps officiel, auquel appartiendra le monopole de cette opération, il sera alors seulement permis d'espérer que les pouvoirs publics entendent combattre victorieusement les agissements frauduleux des gens sans scrupule et réaliser ainsi le maximum de sécurité possible dans la vie commerciale et pour l'épargne publique.

CHAPITRE II

De la procédure de vérification et d'approbation des apports en nature

142. — Le chapitre précédent ayant précisé les cas dans lesquels il y a lieu de vérifier les apports en nature, nous avons maintenant à étudier la procédure, suivant laquelle cette vérification sera opérée. Les règles en sont établies par les articles 4 et 30 de la loi du 24 juillet 1867, le premier concernant les sociétés en commandite par actions, mais déclaré applicables aux sociétés anonymes, et le second ajoutant certaines conditions de quorum qui ne visent que les sociétés anonymes.

Les sept premiers alinéas de l'article 4 sont ainsi libellés :

« Lorsqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire et stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés.

« La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages, donnée par une autre assemblée générale, après une nouvelle convocation.

« La seconde assemblée générale ne pourra statuer sur
« l'approbation de l'apport ou des avantages, qu'après un rap-
« port qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires
« cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée.

« Les délibérations sont prises par la majorité des action-
« naires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des
« actionnaires et représenter le quart du capital social en numé-
« raire.

« Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages
« particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas
« voix délibérative.

« A défaut d'approbation la société cesse sans effet à l'égard
« de toutes les parties.

« L'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur
« de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de
« fraude ».

Le texte de l'article 30 est ainsi conçu :

« Les assemblées qui ont à délibérer sur la vérification des
« apports, sur la nomination des premiers administrateurs, sur
« la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs aux ter-
« mes du paragraphe 2 de l'article 24, doivent être composées
« d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins
« du capital social.

« Le capital social, dont la moitié doit être représentée pour
« la vérification de l'apport, se compose seulement des apports
« non soumis à vérification.

« Si l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'action-
« naires représentant la moitié du capital social, elle ne peut
« prendre qu'une délibération provisoire. Dans ce cas, une
« nouvelle assemblée générale est convoquée. Deux avis publiés
« à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans
« l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales,
« font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires

« adoptées par la première assemblée, et ces résolutions deviennent définitives si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée composée d'un nombre d'actionnaires représentant « le cinquième au moins du capital social ».

La procédure de vérification des apports en nature comporte donc pour toutes les sociétés par actions, en premier lieu la réunion d'une assemblée ayant pour mission de faire apprécier la valeur des apports, la loi laissant toute latitude pour le choix des moyens à employer à cet effet, puis la rédaction d'un rapport indiquant le résultat des études, recherches, constatations, auxquelles il a été procédé, enfin, la réunion d'une seconde assemblée, qui, après avoir pris connaissance du contenu de ce rapport, statue sur l'approbation définitive des apports effectués à la société.

Une première section aura pour objet l'étude de la procédure de vérification des apports, mission, convocation, fonctionnement des assemblées et dans une seconde section nous examinerons les diverses décisions auxquelles peut aboutir cette procédure et les effets qu'elle entraîne suivant la décision adoptée.

SECTION 1.

De la Procédure de Vérification

A. — *Objet des Assemblées.*

143. — La première des assemblées exigées par la loi a, en ce qui concerne la vérification des apports, reçu l'unique mission de faire apprécier leur valeur. Le législateur a pensé que dans les cas les plus fréquents les membres de la société, même très expérimentés et doués d'une très grande perspicacité, ne dispo-

seraient pas des éléments nécessaires pour se former, à coup sûr et par les seules ressources de leurs lumières personnelles, une idée absolument exacte de la valeur réelle des apports qui leur seraient proposés. Il est, en effet, difficile, lorsque l'apport consiste par exemple en un fonds de commerce ou en un brevet d'invention, de procéder sans de grands risques d'erreur à une estimation, si l'on ne s'est pas au préalable livré à un examen minutieux, soit du bilan de l'entreprise commerciale, soit du mérite et des possibilités d'application pratique de la découverte brevetée. C'est pourquoi l'objet de la première assemblée a été strictement limité à l'indication des mesures qui, par leur mise en œuvre, doivent permettre de faire apparaître aux yeux de tous aussi exactement que possible l'intérêt que peuvent présenter pour la société les biens faisant l'objet des apports.

144. — Mais là se sont bornées les prescriptions de la loi. Si l'assemblée doit nécessairement faire apprécier la valeur de l'apport, une entière liberté lui est laissée quant aux modes de procéder pour atteindre ce but. Est-ce à dire cependant que cette appréciation pourrait être l'œuvre de l'assemblée procédant elle-même aux recherches et investigations nécessaires ? Quoique le législateur ne le lui ait pas interdit formellement, nous estimons préférable de lui refuser cette faculté, sa mission étant de « faire apprécier » et non d'apprécier directement ; de plus, ce procédé ne serait pas d'une réalisation toujours très facile. Mais l'assemblée pourrait-elle décider, même à l'unanimité, qu'elle se trouve suffisamment éclairée sur la valeur réelle des apports et statuer en conséquence immédiatement sur leur approbation ? En raison des termes formels de la loi, la réponse négative s'impose ; la question s'est d'ailleurs posée au cours des travaux préparatoires de la loi de 1867 et a été résolue dans le même sens, le législateur ayant tenu, malgré les pertes de temps et les débours que peuvent occasionner l'appréciation par

des tiers et la réunion d'une deuxième assemblée, à protéger les membres de la société en formation contre les dangers de l'influence ambiante et des entraînements irréfléchis.

145. — a) La pratique s'est généralisée de confier cette appréciation à une ou plusieurs personnes nommées par l'assemblée. Ces personnes peuvent être membres de l'assemblée ou étrangères à la société. Il est à peine utile d'indiquer que, bien que cela ne fasse pas l'objet d'une prohibition expresse de la loi, l'apporteur ne pourrait être désigné : mais nous pensons cependant que rien ne s'opposerait, en cas d'apports en nature appartenant privativement à divers propriétaires, à ce que l'un des apporteurs fût chargé d'apprécier la valeur du bien faisant l'objet de l'apport d'un autre associé. Certes un tel choix n'est pas à recommander en raison des collusions qu'il peut favoriser, mais la fraude ne se présume pas et aucune disposition de la loi ne l'interdit. Un arrêt de la Cour de Paris du 19 mars 1895 (J. S. 1895. 266) a dans ce sens jugé que pouvait être désigné comme commissaire un administrateur statutaire pourvu lui-même d'avantages particuliers. Nous croyons cependant plus conforme à l'intérêt respectif des parties en présence, d'élire à cet effet une ou plusieurs personnes étrangères à la société ; si l'on peut suspecter la sincérité d'un apporteur chargé d'apprécier l'apport d'un de ses co-associés, l'impartialité d'un souscripteur d'actions de numéraire ne nous paraît pas mieux garantie par suite de l'antagonisme des intérêts qui s'affrontent. Certes, peut-on dire, la loi a particulièrement en vue la protection des souscripteurs d'actions de numéraire contre certains agissements des apporteurs en nature et ceux-là sont tout désignés pour apprécier les apports de ceux-ci. Mais la loi a surtout voulu réaliser le maximum de justice possible et non favoriser une de ces deux catégories d'actionnaires au détriment de l'autre, et c'est pourquoi nous estimons mieux respecter les

intentions du législateur en préconisant que les fonctions de commissaire chargé d'apprécier les apports soient confiées à des tiers étrangers à la société, indépendants des membres qui en font partie et qui en conséquence n'auront aucun intérêt personnel à diminuer ou à grossir de manière exagérée la valeur des biens apportés à la société.

146. — La loi, demeurée muette sur le choix du ou des commissaires, n'a pas plus précisé les méthodes d'après lesquelles ceux-ci devaient remplir la mission qui leur est confiée. Ils ont donc toute liberté pour se livrer à telles recherches ou telles investigations qui leur paraissent utiles (1), mais mandataires généralement rétribués de l'assemblée, ils sont, selon nous, responsables vis-à-vis de celle-ci dans les termes de l'article 1992 du Code Civil ; *a fortiori* ont-ils à répondre des complaisances coupables, dont ils se seraient rendus les auteurs à l'égard des apporteurs. Une société ne saurait donc être entachée de nullité parce que les commissaires nommés par la première assemblée n'auraient pas effectué telle ou telle recherche, accompli telle ou telle visite, qui paraissaient cependant indispensables à la bonne exécution de leur mandat ; leur responsabilité serait engagée, mais la validité de la constitution de la société ne pourrait pas, à notre avis, être sérieusement contestée pour ce seul motif. Nous croyons cependant qu'il y a lieu d'exiger des commissaires un travail personnel ; si par exemple ceux-ci se bornaient à signer un rapport préalablement rédigé par l'apporteur, il semble que les prescriptions de la loi ne seraient pas respectées, puisque la mission, qu'ils ont acceptée, d'apprécier les apports ne serait pas remplie, et que la société pourrait alors pour cette cause être déclarée nulle, les règles imposées pour la constitution valable des sociétés n'ayant pas été intégralement observées.

(1) Riom, 26 février 1908. (J. S. 1908-357).

Malgré cette grande liberté laissée aux commissaires pour l'accomplissement de leur mission, il semble également que l'on doive exiger d'eux non seulement un travail personnel, mais aussi un travail consciencieux et exécuté de bonne foi, qui fasse notamment connaître d'une façon précise aux divers souscripteurs, en plus de leur avis sur la rémunération proposée, les charges qui résulteront pour la société de l'apport effectué. Abstraction faite des responsabilités qu'encourraient les commissaires ayant agi contrairement à ce principe, la délibération pourrait selon nous être déclarée nulle pour vice du consentement. C'est ainsi que la Cour de Paris par un arrêt du 24 juillet 1925 (*Gaz. Soc. nov.-déc. 1925*) a déclaré qu'était irrégulière la délibération de l'assemblée réunie en vue de la vérification des apports, alors que le commissaire dans son rapport à cette assemblée ne faisait aucune mention de la nécessité pour la société de remettre à l'un des apporteurs, en plus du nombre de parts de fondateurs, qui lui étaient ouvertement attribuées, une somme déterminée qui constituait ainsi un avantage supplémentaire.

147. — b) Les résultats des recherches, études, examens, auxquels il a été procédé doivent être consignés dans un rapport. Dans le cas où plusieurs commissaires ont été nommés, le rapport doit-il être revêtu de la signature de chacun d'eux ? Diverses hypothèses nous paraissent devoir être envisagées. S'il ressort de la délibération de l'assemblée que celle-ci a entendu élire une commission chargée d'apprécier l'apport, il nous semble que le rapport résultant des travaux de la commission sera valablement signé par le président ou par un rapporteur désigné à cet effet par les membres de cette commission. Si, par contre, aucune commission n'a été constituée et que la mission d'apprécier l'apport ait été confiée à deux ou plusieurs commissaires, il y a lieu, pensons-nous, de faire la distinction suivante :

les commissaires se sont trouvés d'accord pour la rédaction d'un rapport unique et dans ce cas le rapport, qui fera utilement mention de cet accord, nous paraît pouvoir être signé au nom de tous par un seul d'entre eux ; ou bien les commissaires sont d'opinions différentes sur la valeur à donner à l'apport et nous croyons alors nécessaire que chaque avis fasse l'objet d'un rapport distinct, afin qu'aucun élément d'appréciation ne puisse faire défaut à l'assemblée appelée à décider. D'ailleurs on doit logiquement admettre que si l'assemblée a nommé plusieurs commissaires, c'est qu'elle attachait une certaine importance à connaître l'opinion de toutes les personnes désignées ; c'est ainsi qu'au cas où après sa nomination un commissaire décéderait ou donnerait sa démission, le rapport présenté par le ou les commissaires demeurés en fonction serait nul, ce qui aurait pour effet d'entraîner la nullité de la Société (Douai, 7 février 1895, J. S. 1895-323) ; il faudrait alors faire procéder avant la rédaction du rapport au remplacement de ce commissaire par l'assemblée, qui pourrait cependant déclarer qu'elle considère cette mesure comme inutile.

148. — Dans quel délai les commissaires nommés doivent-ils avoir terminé leur rapport ? La loi ne leur impose à ce sujet aucune obligation et seuls les termes du mandat qui leur est confié par l'assemblée peut les astreindre à l'observation d'un délai précis ; il leur appartient seulement de ne pas accepter ce mandat si le temps qui leur est accordé leur paraît incompatible avec une exécution consciencieuse du travail dont ils sont chargés. Toutefois, selon les règles du droit commun, les commissaires pourraient être passibles de dommages-intérêts envers les personnes, auxquelles un dommage serait causé par leur lenteur injustifiée.

149. — Le rapport rédigé et signé doit ensuite être imprimé et c'est là une des rares prescriptions formellement ordonnées

par la loi. Pour déterminer la sanction qu'appellerait le défaut d'impression, il y a lieu de rechercher comment doit être interprétée cette exigence du législateur. Les motifs qui l'ont inspirée paraissent être, d'une part, la facilité de la diffusion du rapport, et d'autre part, le désir d'assurer l'identité de tous les exemplaires remis aux souscripteurs ; ceux-ci sont ainsi en mesure d'étudier personnellement la teneur du rapport et de se former une opinion déjà éclairée avant la deuxième assemblée constitutive, beaucoup plus facilement qu'ils ne pourraient le faire si les conclusions de ce rapport ne leur étaient révélées pour la première fois qu'au moyen d'une lecture rapide faite au cours de l'assemblée. Or, est-il, pour atteindre ces buts, absolument nécessaire que le rapport soit imprimé à l'aide d'une presse à imprimerie ou peut-on y suppléer par un autre moyen de reproduction mécanique, tel que la dactylographie ? Nous pensons que tout procédé susceptible d'offrir les mêmes avantages que l'impression doit être considéré comme répondant au vœu de la loi. Or, en ce qui concerne la dactylographie ou le tirage au duplicateur d'un texte dactylographié, les avantages reconnus par la loi à l'impression typographique se trouvent assurés. La facilité de diffusion ne peut en effet être contestée. Peut-être cependant pourrait-on soulever une objection, quant à la dactylographie, pour l'identité des exemplaires ; remarquons à ce sujet que la seule obligation imposée par la loi est de tenir des exemplaires imprimés de ce rapport *à la disposition des actionnaires* pendant un certain délai avant l'assemblée et non de les leur adresser ; or, une machine à écrire pourra toujours en une seule fois reproduire un nombre de copies suffisant pour répondre à la demande de communication des intéressés. Il a aussi été indiqué que la loi exigeait l'impression afin que la date exacte du rapport imprimé pût être établie au moyen des registres de l'imprimeur ; mais il nous paraît difficile d'admettre que l'impression d'un document ait pour effet de lui conférer une date certaine.

Enfin, il y a lieu de remarquer qu'au moment de la discussion de la loi de 1867 aucun procédé autre que l'impression typographique n'existait ; il est donc naturel que le législateur n'ait mentionné que celui-ci. Aussi estimons-nous que l'établissement des exemplaires du rapport du commissaire au moyen de la dactylographie ou d'un autre procédé de reproduction mécanique actuellement en usage ne constituerait pas une infraction aux prescriptions de la loi. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononcent certains auteurs (1) et la majorité des décisions de jurisprudence (2). Le Tribunal de Commerce de la Seine a notamment dans un jugement du 29 mai 1907 (R. S. 1908.256) déclaré : « S'il est encore fait grief à la société de ce que le « rapport du commissaire-vérificateur n'a pas été imprimé, et « ce contrairement aux dispositions de la loi de 1867, il résulte « des documents soumis que le rapport n'a pas été imprimé « par une presse à impression, mais à la machine à écrire ; sur « ce point également il a été obéi au vœu de la loi ».

150. — Enfin le rapport imprimé doit être tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant l'assemblée. De cette prescription rédigée cependant en termes clairs par le législateur, un auteur a déduit que la loi « a voulu qu'une « copie en (du rapport) fût envoyée à chaque associé, afin de « pouvoir mieux en étudier les éléments et les conclusions » (3). Il aurait, en effet, peut-être été préférable que cette règle fût adoptée, mais vu le texte précis ce serait ajouter à la loi que d'imposer cette obligation aux fondateurs. Nous ne pensons même pas que les actionnaires auraient le droit d'exiger une

(1) Juris. — Classeur des Sociétés, fasc. 119, n° 49 ; E. Venot, *Gaz. Soc.*, 1912-347 ; Contra, Pic, *op. cit.*, n° 936.

(2) Trib. Comm. Bordeaux, 19 mai 1911, et Cour Bordeaux, 29 janvier 1912, (R. S., 1912.141 et 435) ; Contra, Trib. Com. Bordeaux, 15 avril 1908, *Gaz. Soc.*, 1912.347.

(3) E. Floucaud-Pénardille, *Les Sociétés par actions, Traité Pratique*, 1899, 2 v. t. I, n° 409.

copie du rapport des commissaires ; lorsque la loi, en effet, a voulu leur accorder ce droit, elle l'a expressément indiqué comme dans l'article 35, où elle prend soin d'établir la différence entre les documents, dont les actionnaires peuvent prendre communication, et ceux dont une copie doit leur être remise sur leur réquisition ; or, elle n'a rien ordonné de semblable pour le rapport des commissaires aux apports. Les actionnaires ont donc uniquement la faculté de prendre connaissance avant la seconde assemblée du contenu de ce rapport. Mais où peuvent-ils exercer ce droit ? Si l'on se réfère au commentaire de Mathieu et Bourguignat (1), il semblerait que ce fût uniquement au siège social ; mais la société n'existe pas encore et peut-être attend-on sa constitution définitive pour conclure le bail qui lui donnera un siège social. Aussi, croyons-nous que le lieu de cette communication peut être librement déterminé par les fondateurs, qui doivent seulement indiquer aux actionnaires, d'une façon précise et dans les délais prescrits, l'endroit où ils pourront avoir connaissance du rapport déposé (2).

« Cinq jours au moins avant la réunion », les actionnaires doivent pouvoir prendre communication du rapport. La manière dont ce délai doit être calculé est à l'heure actuelle vivement controversée. Pour un grand nombre d'auteurs, ce délai est franc ; il en résulterait que pour une assemblée devant avoir lieu le 7, le rapport dût être au plus tard déposé le 1^{er}. Cette opinion ne nous paraît pas respecter le principe suivant lequel ne sont considérés comme francs que les délais qui ont pour point de départ une signification à personne ou à domicile, ce qui n'est pas ici le cas. D'après un arrêt de la Chambre des Requêtes du 30 avril 1913 (J. S. 1914.438), il suffit que les actionnaires aient disposé de cinq jours entiers pour prendre

(1) Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 44.

(2) Pont, *op. cit.*, n° 996 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 594.

connaissance du rapport. Enfin, suivant M.le Professeur Wahl, un rapport devant être soumis à l'approbation d'une assemblée fixée au 7 serait valablement déposé dans la journée du 2. Cette dernière opinion nous semble tout à fait conforme au sens de l'expression figurant dans la loi, mais étant donné qu'ainsi le rapport pourrait n'être déposé que dans le cours de la journée ou même à la fin, ce qui pratiquement réduirait à quatre jours le délai dont jouissent les actionnaires, nous préférons adopter l'avis de la Chambre des Requêtes, qui seul nous paraît répondre exactement à l'intention du législateur. Cette question est d'ailleurs importante, car un jugement du Tribunal régional de Strasbourg du 18 octobre 1923 (Rec. Jur. Soc. 1924.79) a déclaré que ce délai de cinq jours, destiné à assurer la protection des souscripteurs d'actions de numéraire, était d'ordre public et que l'inobservation de cette prescription entraînait la nullité de la Société.

151. — La nomination des commissaires par la première assemblée, la rédaction du rapport et la mise à la disposition des actionnaires de ce rapport constituent les mesures préparatoires à la faveur desquelles a pu être faite l'appréciation des apports. Une deuxième assemblée est alors convoquée, laquelle, après avoir entendu la lecture du rapport et demandé aux commissaires toutes indications complémentaires qui lui paraissent nécessaires, doit prendre une décision définitive quant à leur approbation. Nous examinerons dans la deuxième section du présent chapitre les diverses éventualités qui peuvent se présenter ainsi que les conséquences qui en résultent.

B. — *Convocation des assemblées.*

152. — Au sujet de la convocation des assemblées constitutives la loi de 1867 ne fournit aucune indication ; il y a donc lieu de préciser la ou les personnes qui doivent envoyer la con-

vocation, le mode de cette convocation et le délai à observer entre la convocation et la réunion de l'assemblée.

153. — La société n'étant pas encore constituée, on ne saurait accorder aux actionnaires représentant une certaine quotité du capital social, ainsi que les statuts le permettent parfois au cours de la durée de la société, le droit de convoquer l'assemblée ; il n'existe juridiquement pas encore d'actionnaires, mais seulement des souscripteurs ou des attributaires d'actions. Aussi ce droit ne nous paraît pouvoir être exercé que par les seules personnes remplissant une mission reconnue par la loi, c'est-à-dire le ou les gérants dans la société en commandite par actions, le ou les fondateurs dans la société anonyme.

154. — Aucun mode spécial de convocation n'ayant été prescrit par la loi, il suffit, à notre avis, que le procédé employé soit susceptible de porter avec certitude la convocation à la connaissance de tous les intéressés. Toutefois le moyen des annonces légales ne nous paraît pas devoir être recommandé, l'insertion pouvant échapper à l'attention de certains souscripteurs ignorant le journal qui sera choisi à cet effet. Le nom de tous les souscripteurs étant connu des fondateurs, il nous semble au contraire préférable d'avoir recours à l'envoi de lettres individuelles recommandées ou non.

La pratique s'est de plus en plus répandue dans les sociétés par actions comprenant un petit nombre d'associés de réunir la première assemblée constitutive sur convocation verbale. Ce mode de procéder est-il régulier ? Assurément oui, si tous les actionnaires sont présents ou représentés à cette assemblée (1), le but que la loi a assigné à la convocation se trouvant ainsi atteint. Mais si l'unanimité n'est pas réunie et si l'un des absents conteste avoir été informé de la date de la réunion,

(1) Orléans, 14 juin 1893 (S. 95.2.161).

l'impossibilité où l'on se trouvera d'administrer la preuve contraire pourra permettre de contester la régularité de l'assemblée.

Aux termes du 2^e alinéa de l'article 4 la même convocation ne peut servir pour les deux assemblées, la loi exigeant que la seconde assemblée soit précédée d'une nouvelle convocation. Celle-ci doit, en effet, contenir diverses indications sur le lieu et surtout la date du dépôt du rapport qu'il serait souvent difficile de fournir avec précision dès avant la première assemblée. Toutefois les prescriptions de la loi à cet effet nous sembleraient respectées si la date de la deuxième assemblée avait été fixée par une délibération de la première assemblée, à laquelle assistaient tous les souscripteurs et apporteurs. Si cependant, en dehors de cette hypothèse, la seconde assemblée tenue sans nouvelle convocation, réunissait l'unanimité des souscripteurs et apporteurs, la nullité encourue se trouverait alors couverte, mais il nous paraîtrait prudent dans ces deux cas de mentionner au procès-verbal que tous les membres de la société reconnaissent avoir pu prendre connaissance, dans les délais prescrits par la loi, du rapport des commissaires.

155. — Pour être régulière, la convocation doit contenir d'une manière très précise l'indication du lieu, du jour et de l'heure de l'assemblée. Doit-elle également faire mention d'un ordre du jour ? Si l'assemblée ne doit s'occuper que des questions relatives aux formalités de constitution, que la loi a elle-même pris soin d'indiquer, il ne semble pas que la convocation doive obligatoirement comporter l'indication d'un ordre du jour ; mais il faut décider le contraire au cas où la discussion devrait porter en outre sur des points étrangers aux formalités constitutives, tels qu'une autorisation à donner à des administrateurs pour passer des marchés avec la société ou, à plus forte raison, une modification à apporter au projet de statuts soumis aux souscripteurs.

Aucune date n'a été imposée par la loi aux gérants ou aux fondateurs pour la convocation des assemblées. Il faut cependant remarquer, en ce qui concerne les sociétés anonymes, que d'après l'article 25 la convocation de la première assemblée constitutive ne peut être lancée qu'après qu'a été effectuée la déclaration notariée de souscription et de versement. Sous réserve de cette prescription les fondateurs peuvent donc procéder, quand bon leur semble, aux convocations. Quant aux délais à observer entre la date de la convocation et celle de la réunion, ils devront simplement être de nature, sous réserve de ce qui sera dit plus loin concernant la seconde assemblée, à permettre à l'actionnaire de prendre part à la délibération. Cependant l'arrêt précité de la Chambre des Requêtes du 30 avril 1913 (J. S., 1914.413) a décidé que, sauf stipulations contraires, les délais fixés par les statuts pour la convocation des assemblées générales tenues au cours de la vie sociale étaient applicables aux assemblées constitutives. Il nous paraît difficile de nous ranger à cet avis ; dès lors, en effet, que la société n'est pas encore constituée, les statuts ne peuvent être considérés que comme un projet, dont les différentes prescriptions ne deviendront obligatoires que lorsqu'il aura été approuvé définitivement ; or, cette approbation n'est donnée que par la deuxième assemblée constitutive. Pour la même raison nous pensons qu'il ne serait pas nécessaire de se conformer à des délais spécialement prévus par le projet de statuts pour les assemblées constitutives.

Toutefois pour la seconde assemblée, la loi a limité indirectement, au moins dans un sens, le délai à respecter entre la date de la convocation et le jour de la réunion. Nous avons vu que le rapport imprimé des commissaires ayant procédé à l'appréciation des apports devait être tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant celui fixé pour la délibération ; or, c'est par la convocation que la date et le lieu du dépôt du

rapport seront portés à la connaissance des actionnaires ; de plus, la Cour de Cassation, sans considérer ce délai de cinq jours comme franc, exige que les actionnaires puissent disposer de cinq jours entiers ; il est donc nécessaire qu'à partir du moment où les actionnaires sont informés de la date de l'assemblée, cinq jours entiers leur restent encore pour avoir communication du rapport et l'étudier. Pratiquement donc, une convocation lancée le 1^{er} sera connue des intéressés le lendemain matin et l'assemblée ne pourra se réunir qu'à la date du 7. C'est là le délai minimum imposé par la loi, mais ce délai pourrait être augmenté suivant les circonstances, aucune autre limitation n'ayant été prévue par le législateur.

C. — *Conditions de validité des délibérations.*

156. — Tous les souscripteurs, quel que soit le nombre des actions par eux souscrites, peuvent prendre part aux assemblées ayant pour objet la vérification et l'approbation des apports en nature. Ceci résulte d'une manière certaine des travaux préparatoires de la loi du 17 juillet 1856, dont la loi du 24 juillet 1867 a sur ce point reproduit les termes. A l'objection que la loi n'indiquait pas combien il fallait posséder d'actions pour être membre des assemblées, il fut, en effet, répondu par la commission « que dans l'article 4 il s'agissait de la réunion « préparatoire pour la vérification des apports et qu'il était « impossible de n'y pas admettre tous les actionnaires, quelque « peu considérable que fût le nombre des actions par eux « souscrites » (1). D'ailleurs aucun doute ne pourrait subsister en ce qui concerne les sociétés anonymes, ce droit de tous les actionnaires étant expressément reconnu par le deuxième alinéa de l'article 27 de la loi du 24 juillet 1867.

(1) Tripiér, Commentaire de la loi de 1856, p. 92 et 93.

157. — Conformément au droit commun, on doit reconnaître aux souscripteurs le droit de ne pas assister en personne aux assemblées et de s'y faire représenter par un mandataire. Cependant cette faculté se trouve dans la généralité des statuts de sociétés par actions soumise à une restriction, à savoir que le mandataire sera lui-même personnellement membre de l'assemblée. Si cette réserve se conçoit aisément quant aux assemblées générales tenues au cours de la vie sociale, et ce en raison des communications confidentielles qui peuvent être faites aux actionnaires et qu'il serait inopportun de porter à la connaissance de tiers étrangers à la société, une telle dérogation aux principes généraux du mandat nous semble beaucoup moins fondée lorsqu'il s'agit d'assemblées constitutives, dont les décisions doivent être publiées. De plus, et surtout, les statuts de la société en formation ne constituent à ce moment qu'un projet, dont les dispositions ne deviendront applicables que par l'approbation des assemblées constitutives. C'est ainsi que la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a dans un arrêt du 3 juillet 1914 (J. S. 1916.76) décidé que la composition de ces assemblées était exclusivement régie par la loi de 1867, que les statuts ne deviennent applicables qu'après la constitution définitive de la société et qu'en conséquence on ne saurait prétendre que les assemblées constitutives ont été irrégulièrement tenues, parce que les mandataires y ayant pris part n'étaient pas eux-mêmes actionnaires, ainsi que l'ordonnaient les statuts réglementant la tenue des assemblées de la société.

158 — a) Pour délibérer valablement les assemblées de vérification et d'approbation des apports sont soumises à certaines conditions que nous rappelons brièvement. L'article 4, relatif aux sociétés en commandite et déclaré applicable par l'article 24 aux sociétés anonymes, exige que la majorité comprenne le quart des actionnaires, lesquels doivent de plus repré-

senter le quart du capital social en numéraire. D'autre part, l'article 30 placé dans le titre régissant les sociétés anonymes veut que l'assemblée soit composée d'un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social, le capital social ainsi envisagé ne devant comprendre que les apports non soumis à vérification. Avant d'étudier en détail les règles de fonctionnement des assemblées, il paraît utile d'examiner comment doivent se combiner ces diverses dispositions de la loi.

Aucun doute n'est possible en ce qui concerne les sociétés en commandite par actions, auxquelles ne s'applique que l'article 4 exigeant seulement une majorité déterminée, qui comprenne à la fois le quart des actionnaires et le quart du capital en numéraire. Par contre la question est vivement controversée de savoir si pour les sociétés anonymes il y a lieu ou non de cumuler les prescriptions des articles 4 et 30.

Certains auteurs, malgré le renvoi formel de l'article 24 à l'article 4, estiment que l'article 30 se suffit à lui-même et qu'il n'y a lieu d'exiger pour la validité des assemblées constitutives des sociétés anonymes que le quorum de présence de la moitié du capital social. Ils considèrent que l'article 30 apporte une dérogation à l'article 24, en ce qui concerne la composition des assemblées, et que le renvoi prononcé par l'article 24 n'a pour effet que de rendre applicables aux sociétés anonymes les règles établies pour les sociétés en commandite, lorsqu'aucun texte ne statue spécialement à l'égard de ces sociétés (1).

Il nous paraît difficile d'adopter cette opinion. Le texte de l'article 24, en effet, est formel et ne fait aucune distinction entre telles ou telles prescriptions de l'article 4 ; il se borne à déclarer ce dernier article applicable aux sociétés anonymes. De plus est-il permis de supposer qu'après avoir établi une règle en des termes qui ne comportent aucune réserve, le légis-

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 713 ; Lyon-Caen, note sous Cass. 6 novembre 1894 (S. 95.1.113) ; Percerou, *op. cit.*, p. 124.

lateur a voulu, six articles plus loin, modifier cette règle dans une de ses parties les plus importantes sans exprimer d'une façon claire son intention à ce sujet ? Enfin, il serait logique que les mesures de protection instituées en faveur des souscripteurs d'actions de numéraire fussent encore renforcées au cas de constitution d'une société anonyme, ce type de société représentant par excellence la société de capitaux destinée en principe à servir de cadre à des entreprises considérables et dans laquelle aucun élément personnel n'intervient et où les divers membres se connaissent rarement au moment où ils contractent. Si l'on admet que telle a été la pensée du législateur, la difficulté d'interprétation des articles 24 et 30 disparaît ; dans l'intérêt des souscripteurs d'actions d'une société anonyme, le législateur a estimé que le simple quorum de majorité imposé aux sociétés en commandite n'était pas suffisant et il a jugé nécessaire d'exiger en plus un quorum de présence que l'article 30 a fixé à la moitié du capital social non soumis à vérification. Les assemblées constitutives d'une société anonyme doivent donc réunir un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social non soumis à vérification et leurs délibérations ne sont valablement prises qu'à la condition d'être votées par une majorité constituée par deux éléments, d'une part le quart du nombre des actionnaires, d'autre part le quart du capital social en numéraire. Si donc, une société anonyme au capital de 1.500.000 francs a reçu à titre d'apport un fonds de commerce évalué 600.000 francs, le solde du capital, soit 900.000 francs, ayant été souscrit par 20 personnes, les assemblées devant procéder à la vérification et à l'approbation de l'apport devront grouper tout d'abord un nombre d'actionnaires possédant ensemble une quantité d'actions représentant la moitié du capital non soumis à vérification, soit 450.000 francs, et la décision qui interviendra ne sera régulière, que si elle est votée par le quart des souscripteurs, soit cinq personnes, représentant

le quart du capital souscrit en numéraire, soit 225.000 francs. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononcent la jurisprudence et un certain nombre d'auteurs (1).

159. — b) Nous avons indiqué que tous les souscripteurs d'actions de numéraire avaient le droit de prendre part aux assemblées, quel que soit le nombre d'actions dont ils sont porteurs ; peuvent également y assister les attributaires d'actions d'apport, mais non dans les mêmes conditions, car l'article 4, logique en son système de protection de la première catégorie d'actionnaires, refuse à la seconde voix délibérative dans les assemblées devant vérifier et approuver les apports. Cette mesure se comprend aisément, car les apporteurs se trouveraient être alors à la fois juges et parties, mais il ne leur est nullement interdit, et cela même nous semble utile et recommandable, de siéger aux assemblées pour pouvoir fournir toutes indications nécessaires sur la valeur, à laquelle ils ont estimé leurs apports, et aussi défendre leurs intérêts opposés à ceux de leurs futurs co-associés. Mais un apporteur n'a pas forcément que cette qualité, car il a pu lui-même souscrire des actions de numéraire. Devra-t-on dans ce cas envisager séparément les deux qualités d'apporteur et de souscripteur et lui permettre de prendre part au vote en tant que souscripteur ? La jurisprudence et les auteurs sont d'accord pour lui refuser ce droit. Les deux qualités réunies en sa personne n'entraînent pas un dédoublement de sa personnalité ; son intérêt primordial est de voir fixer au plus haut prix la valeur de son apport et l'on peut affirmer, sans crainte d'erreur, que son vote comme souscripteur ne sera jamais désintéressé.

Mais l'apporteur, en vertu du principe qui permet aux souscripteurs de se faire représenter aux assemblées, pourrait se

(1) Angers, 27 juillet 1887, sous Cass. 22 février 1888, (S. 88.1.417 et note Lacointa ; Cass. 6 novembre 1894, (S. 95.1.113) ; 18 octobre 1899, (S. 1901.1.81) ; 31 décembre 1906, (S. 1909.1.137) ; Pic, op. cit., n° 943 ; Hémard, op. cit., p. 350 ; Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 608.

présenter comme mandataire d'un de ces souscripteurs ; y a-t-il lieu alors de maintenir l'interdiction dont il est l'objet ? La jurisprudence tout d'abord s'était prononcée pour la négative (1) ; l'application logique des principes du mandat, en effet, commandait qu'il fût fait abstraction de la qualité d'apporteur intéressé au vote, que pouvait posséder le mandataire, pour ne plus voir en lui que le souscripteur représenté, conformément à la maxime : *Qui mandat ipse fecisse videtur*. Quoique assise sur de solides bases juridiques, cette thèse traduisait-elle bien les intentions du législateur ? On peut en douter. La loi s'est particulièrement efforcée de protéger les souscripteurs d'actions de numéraire ; or, n'était-ce pas réduire à néant les effets de cette protection, que de permettre à l'apporteur de décider lui-même au nom du souscripteur, dans une situation où leurs intérêts respectifs se trouvaient si formellement opposés ? Il était difficile d'espérer que réduisant au silence la voix de l'intérêt personnel, le mandataire sacrifierait le sien propre pour ne veiller qu'à celui de son mandant. D'ailleurs, ainsi qu'un auteur l'a fait remarquer en poussant cette théorie à l'extrême (2), quelle autorité pourrait-on accorder à une approbation des apports, pour laquelle tous les souscripteurs, c'est-à-dire les contrôleurs, auraient donné mandat de les représenter aux apporteurs, c'est-à-dire aux contrôlés ! C'est ce qu'a reconnu la Cour de Cassation, qui, revenant sur sa jurisprudence antérieure, a, par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 31 décembre 1906 (S. 1909.1.137 et note de M. Wahl ; D. 1908.1.513 et note de M. Percerou), décidé « que le vote émis par « l'apporteur en nature, en qualité de mandataire d'autres actionnaires, ne doit pas être apprécié autrement, quant à ses

(1) Cass. 20 janvier 1892, (S. 921.1.260) ; Paris, 12 janvier 1887, (R. S. 1887.182) ; Trib. Com. Sene, 25 juin 1894, (R. S. 1895.39).

(2) Houpin, (J. S. 1892.146).

« effets, que le vote émis par le même apporteur comme sous-cripteur d'actions en numéraire » (1).

160. — L'interdiction de prendre part au vote, dont la loi frappe l'apporteur, doit-elle être observée d'une manière absolue et en toutes circonstances, et doit-on refuser voix délibérative à cet apporteur, lorsqu'il s'agit d'émettre son avis sur l'approbation des apports effectués par d'autres apporteurs ? Nous ne le pensons pas. Dans ce cas, en effet, l'apporteur n'a plus un intérêt différent de celui des souscripteurs d'actions en numéraire ; il fait cause commune avec eux et il lui appartient pour les mêmes motifs de veiller à ce que les apports en nature, auxquels il ne contribue pas, ne soient pas l'objet d'une évaluation exagérée. Cette solution paraît d'ailleurs être commandée par l'esprit même de la loi, qui n'a entendu priver du vote l'apporteur, qu'autant qu'il s'agissait de statuer sur l'approbation de son apport personnel. Peut-être dira-t-on qu'il serait plus prudent de maintenir, même en ce cas, l'interdiction établie et ce dans la crainte d'une collusion entre les divers apporteurs, qui se promettaient réciproquement un vote favorable pour l'approbation de leurs apports respectifs ; sans vouloir nier que ce danger puisse exister, il ne nous paraît pas possible de faire, pour ce seul motif, échec aux intentions clairement exprimées du législateur, la fraude ne se présument pas. Aussi la jurisprudence et la majorité des auteurs reconnaissent à l'apporteur le droit de prendre part au vote relatif à l'approbation d'un apport, auquel il est étranger (2).

(1) Dans le même sens, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 712 ; Pic, *op. cit.*, n° 941 a ; Hémar, *op. cit.*, p. 349 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 603.

(2) Angers, 17 juillet 1887 sous Cass. 22 février 1888, précités. Cass. 20 janvier 1892, (S. 92.1.260) ; Sic. Pont, *op. cit.*, n° 1009 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 712 ; Pic, *op. cit.*, n° 941 ; Hémar, *op. cit.*, p. 350 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 603 ; Contra : Percerou, *op. cit.*, p. 125 ; Wahl, (J. S. 1914.407) ; Cass. 26 avril 1880, (S. 81.1.6) ; Alger, 16 février 1911, (J. S., 1914.405).

161. — Quel est donc le critérium à observer pour décider si l'on devra refuser ou reconnaître en telle ou telle circonstance voix délibérative à un apporteur dans les assemblées constitutives ? Cette question délicate nous paraît avoir été implicitement résolue par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 5 novembre 1895 (D. 97.1.113 et note Thaller) rendu sur pourvoi contre un arrêt de la Cour de Paris du 17 avril 1894 (S. 95.2.121 et note de M. Wahl) dans l'affaire Lévi Lion et autres c/ la Compagnie Française des Chemins de Fer Argentins. La Compagnie Française des Chemins de Fer Argentins, admise au bénéfice de la liquidation judiciaire, avait obtenu un concordat qui, malgré l'opposition de certains obligataires, fut homologué par le Tribunal de Commerce de la Seine et, sur appel, par la Cour de Paris. Les opposants déférèrent alors l'arrêt de la Cour d'appel à la Cour de Cassation, motif pris de ce que le concordat avait été accordé à une société nulle pour irrégularité dans l'approbation des apports ; qu'en effet, l'apport effectué à ladite société, lors de sa constitution, par la Compagnie de Fives-Lille avait été approuvé au cours d'une assemblée, à laquelle avaient pris part avec voix délibérative des administrateurs de la société apporteuse, qui étaient en même temps souscripteurs d'actions de numéraire de la Compagnie des Chemins de Fer Argentins ; que de ce fait, la délibération de cette assemblée, et, par voie de conséquence, la société elle-même étaient nulles pour inobservation des règles de l'article 4. Mais la Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi et décida que l'affinité des intérêts personnels des administrateurs avec ceux de la société apporteuse ne constituait pas une condition suffisante pour appliquer à ces administrateurs l'interdiction établie par l'article 4, qui n'est édictée par la loi que contre les associés effectuant un apport en leur propre nom. Il est nécessaire d'ajouter qu'à l'assemblée ayant approuvé l'apport, la Compagnie de Fives-Lille était représentée par son directeur, qui en sa

qualité de mandataire de la société apporteuse s'était abstenu de voter.

Cet arrêt a fait l'objet de diverses critiques (1). Les administrateurs ayant pris part au vote, a-t-on dit, ont un intérêt incontestable à l'exagération de la valeur de l'apport; il importe peu d'ailleurs que la société ait été représentée par son Directeur, qui n'a pu défendre devant l'assemblée que les conditions de l'apport, telles que celles-ci avaient été fixées par les divers administrateurs en Conseil d'administration; ceux-ci ont donc eu à se prononcer sur l'approbation d'un apport dont ils avaient eux-mêmes arrêté les conditions.

L'arrêt de la Cour de Cassation nous paraît cependant justifié. En droit, l'apport était la propriété personnelle de l'être moral, Compagnie de Fives-Lille, dont le représentant à l'assemblée, conformément aux prescriptions de l'article 4, n'a pas pris part au vote; par contre les administrateurs de la Compagnie, présents à cette assemblée, ne la représentaient pas; ils ne siégeaient qu'en leur nom personnel et en leur seule qualité de souscripteurs d'actions de numéraire de la société en formation et ils ne possédaient de plus sur l'apport, de l'approbation duquel il s'agissait, aucun droit de propriété divis ou indivis. Or, d'après l'article 4, « les associés *qui ont fait l'apport...* « n'ont pas voix « délibérative »; comme toute interdiction, celle-ci doit être appliquée aux seuls cas expressément prévus par la loi et c'eût été étendre l'exclusion qu'elle prononce, que de faire droit aux motifs invoqués à l'appui du pourvoi.

D'ailleurs l'application pratique de la thèse soutenue par les auteurs du pourvoi se heurterait à d'énormes difficultés. Il faudrait tout d'abord poser le principe que toute personne possédant un intérêt quelconque, direct ou indirect, à l'approbation d'un apport doit s'abstenir de prendre part au vote; dans

(1) Houpin, (J. S. 1896-65); Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 603.

l'espèce ci-dessus il aurait donc été nécessaire de frapper d'exclusion non seulement les administrateurs, mais encore tous les actionnaires de la Compagnie de Fives-Lille (1), et dans toute société cette mesure devrait s'étendre à tous souscripteurs d'actions de numéraire intéressés de près ou de loin à l'approbation des apports. Mais comment connaître l'existence de ces intérêts, d'autant plus occultes qu'ils seront moins immédiats, et que décider si, après la constitution définitive de la société, il est révélé que certains souscripteurs possédaient avec les apporteurs certains intérêts commus ? La logique du système conduirait à la déclaration de nullité de la société. Or, il ne nous paraît pas possible de laisser planer une telle menace sur les nombreuses sociétés qui se constituent chaque jour et, selon M/ le Professeur Wahl dans sa note précitée (S. 1895.2.121), de « provoquer des « éventualités d'annulations d'autant plus dangereuses que « l'intérêt de l'actionnaire est souvent impossible à connaître ». Nous croyons, en conséquence, pouvoir conclure que l'application de l'interdiction établie par l'alinéa 5 de l'article 4 de la loi de 1867 doit être, conformément au texte même de la loi, restreinte au cas de l'associé ayant effectué un apport en nature, sur lequel il exerçait un droit de propriété divis ou indivis, alors même que cet associé se présenterait pour prendre part au vote en qualité de mandataire d'un ou plusieurs souscripteurs d'actions en numéraire. Aussi, reconnaissons-nous au fondateur de la société, non apporteur, le droit de voter sur l'approbation des apports en nature, malgré l'intérêt indirect que celui-ci possèdera presque toujours à ce que les apports soient approuvés, la rémunération de ses peines et soins étant étroitement liée à la constitution définitive de la société. S'il n'est pas apporteur, le fondateur sera souscripteur d'actions

(1) M. Houpin, dans sa note précitée (J. S. 1896, 65), ne recule pas d'ailleurs devant cette conséquence extrême.

de numéraire (1), et en l'absence d'une disposition formelle de la loi, il ne nous paraît pas possible de lui retirer un droit accordé à tous les souscripteurs pour la défense de leurs intérêts (Voir dans ce sens, Paris, 12 janvier 1887, R. S. 1887.182).

162. — Après avoir déterminé les associés, qui peuvent émettre un vote valable sur l'approbation des apports, il y a lieu d'examiner dans quelles conditions ce vote sera exprimé. Tout actionnaire peut y prendre part et ce avec une autorité égale tout au moins dans les sociétés en commandite par actions. L'article 4 précise, en effet que, « les délibérations sont prises » par la majorité des actionnaires présents », c'est-à-dire à la majorité absolue des votants. Tout actionnaire ne disposera donc que d'une seule voix, quel que soit le nombre des actions possédées par lui ; cela résulte des travaux préparatoires de la loi du 17 juillet 1856, dont les termes ont été reproduits par celle du 24 juillet 1867 et cette mesure a pour but d'éviter qu'au moment où les souscripteurs vont se lier définitivement, les propriétaires de grosses quantités d'actions puissent réduire au silence ceux qui n'en possèdent qu'un petit nombre, ou même qu'une seule, et leur imposer ainsi leur volonté. Pour le motif déjà indiqué, à savoir que les statuts n'entrent en vigueur qu'à la constitution définitive de la société, il n'y a pas lieu de tenir compte des clauses des statuts fixant le nombre d'actions dont il faut être porteur pour assister aux assemblées ; nous pensons même que devrait être considérée comme nulle toute disposition statutaire stipulant que dans les assemblées constitutives chaque souscripteur disposera d'un nombre de voix égal ou proportionnel à celui des actions qu'il possède (2).

(1) La jurisprudence se refuse cependant à prononcer la nullité des sociétés, pour défaut de la qualité d'actionnaire en la personne d'un de ses fondateurs.

(2) Pont, *op. cit.*, n° 1005 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 1017 bis ; Pic, *op. cit.*, n° 938 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 602 ; Contra : Wahl, (J. S., 1905.194).

La loi de 1867, dans son article 27, a apporté à ces règles quelques modifications réservées aux sociétés anonymes. Le principe, que tout actionnaire, quel que soit le nombre de ses actions, peut prendre part aux assemblées, demeure en vigueur, mais pour marquer la prépondérance qui doit être reconnue dans ces sociétés à l'élément capital, le législateur a indiqué que tout souscripteur disposerait du nombre de voix déterminé par les statuts, sans qu'il puisse toutefois être supérieur à dix. Cette prescription de la loi a été différemment interprétée dans le cas où un souscripteur assiste à l'assemblée, non seulement en son nom personnel, mais encore en tant que mandataire d'un autre souscripteur. Doit-on appliquer strictement cette limitation de dix voix par actionnaire présent, quelles que soient les qualités que celui-ci réunit en sa personne, ou faut-il décider que la limitation ne concerne que le droit de chaque actionnaire votant personnellement ? Dans le premier cas, l'actionnaire, représenterait-il plusieurs autres de ses collègues, ne disposera que de dix voix (1) ; si l'on admet la seconde opinion, l'actionnaire votera avec un nombre de voix égal à celui qu'il possède personnellement ajouté à celui dont aurait disposé ses mandants, s'ils avaient personnellement assisté à l'assemblée (2). Il nous paraît difficile de ne pas adopter ce dernier avis. En droit commun, en effet, la représentation pour l'accomplissement d'un acte juridique est toujours permise en l'absence d'une défense formelle de la loi ; or, la loi n'a édicté aucune interdiction à ce sujet pour les assemblées d'actionnaires et personne ne conteste d'ailleurs que l'on puisse s'y faire représenter par un mandataire. Comment dès lors comprendre qu'en ce cas à la fois la loi admette le contrat de mandat et en analyse les effets ? C'est ce qui se produirait notamment dans le

(1) Pic, *op. cit.*, n° 938 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 609.

(2) Wahl, (J. S. 1895-193) ; Lecouturier, *Manuel pratique des assemblées d'actionnaires*, Paris, 1918, n° 196.

cas où un souscripteur choisirait comme mandataire une personne dont le droit de vote personnel atteint déjà le maximum de dix voix fixé par la loi : le mandat de prendre part à l'assemblée, confié à une telle personne, serait dénué de tous effets et le mandant n'aurait en fait pas été représenté. Or, la loi de 1867 révèle clairement par nombreuses de ses dispositions l'intention décidée du législateur de protéger aussi efficacement que possible l'intérêt des souscripteurs d'actions de numéraire. Ne serait-ce pas alors méconnaître cette intention que de priver indirectement un de ces souscripteurs d'un droit, que la loi lui confère à peine de nullité des sociétés, dont les statuts y contreviendraient ?

On a prétendu que procéder ainsi serait favoriser une fraude, qui consisterait pour les gros porteurs à diviser leurs actions par voie de cessions civiles entre diverses personnes à leur dévotion, pour faire intervenir celles-ci à l'assemblée et réunir ainsi par artifice un nombre de voix supérieur à celui que leur accorde la loi. Bien que cette fraude nous paraisse en pratique d'une réalisation peu commode, nous pensons qu'elle sera facile à reconnaître en rapprochant les dates de la cession et de la rétrocession et la loi ayant prévu pour toutes les assemblées générales le délit de création d'une majorité factice, les coupables seront alors passibles des peines édictées par le premier alinéa de l'article 13. Enfin, on admet généralement que, dans les sociétés en commandite par actions, où lors des assemblées constitutives les souscripteurs ne disposent que d'une seule voix, ceux-ci peuvent y joindre la voix de ceux qu'ils représentent ; pourquoi le mandat, qui alors produirait toujours tous ses effets, pourrait-il parfois n'en avoir aucun dans les assemblées de sociétés anonymes ?

163. — c) Nous avons indiqué précédemment que la validité des délibérations des assemblées constitutives est subordonnée

à la nécessité d'une majorité comprenant le quart des actionnaires, lesquels doivent représenter le quart du capital en numéraire, et que de plus dans les sociétés anonymes ces assemblées ne sont valablement constituées qu'autant qu'elles réunissent un nombre d'actionnaires possédant ensemble la moitié au moins du capital non soumis à vérification. Il convient d'examiner comment doivent se calculer ce quorum de présence et ces majorités exigés par la loi.

Le quorum de présence imposé aux sociétés anonymes ne comporte aucun nombre minimum d'actionnaires ; seul est pris en considération le nombre des actions présentes ou représentées, sans préjudice toutefois des règles édictées par l'article 4 pour la majorité du quart en nombre des actionnaires. Ainsi dans une société formée au capital de 1.000.000 de francs, dont 600.000 francs d'actions de numéraire et 400.000 francs d'actions d'apport, les assemblées constitutives seront valablement constituées si elles réunissent parmi leurs membres une portion du capital social au moins égale à 300.000 francs. Mais supposons que la même société reçoive à titre d'apport un fonds de commerce évalué 300.000 francs et un brevet estimé 100.000 francs, ces apports étant effectués par deux propriétaires différents. Le quorum exigé par l'article 30 étant, aux termes du deuxième alinéa dudit article, de la moitié du capital *non soumis à vérification* (et non capital en numéraire), nous estimons qu'il y aura lieu de procéder de la manière suivante : une délibération distincte pour chacun des deux apports sera nécessaire ; la première qui aura pour objet l'approbation de l'apport du fonds de commerce, ne pourra avoir lieu valablement que si l'assemblée réunit une part du capital social égale à

$$\frac{600.000 + 100.000}{2} \text{ soit } 350.000 \text{ francs ; pour la seconde, ce}$$

$$\text{quorum devra être de : } \frac{600.000 + 300.000}{2} \text{ soit } 450.000 \text{ francs.}$$

Les apporteurs ont en effet voix délibérative, lorsqu'il s'agit de l'approbation d'apports auxquels ils sont étrangers, de telle sorte que la partie du capital social même consistant en apports, mais non soumise à vérification, doit être comptée pour le calcul du quorum de présence.

164. — d) Dans toutes sociétés par actions les décisions prises par les assemblées constitutives ne sont valables qu'autant qu'elles sont l'œuvre d'une majorité comprenant le quart du nombre des actionnaires et représentant le quart du capital social en numéraire.

Pour le calcul de la majorité en nombre du quart des actionnaires, il semblerait à s'en tenir à la lettre même du texte de l'article 4, que l'on dût prendre comme chiffre de base le nombre total des actionnaires composant la société sans distinguer entre les apporteurs et les souscripteurs d'actions de numéraire. Cette opinion a d'ailleurs été soutenue par un auteur (1). Elle ne nous paraît cependant pas exacte ; si, en effet, les apporteurs représentaient plus des trois quarts du nombre des actionnaires, il serait impossible, en raison de l'interdiction qui les frappe de prendre part au vote, de réunir la majorité exigée par la loi. Est-ce à dire que ce quart ne devra être calculé que sur le nombre des souscripteurs ? Ce mode de procéder ne nous semble pas non plus répondre aux intentions du législateur, qui n'a entendu refuser voix délibérative, ainsi que le reconnaît la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, qu'aux associés dont les apports personnels constitueraient l'objet de la décision à prendre ; aussi, lorsque des apporteurs statuant sur la valeur de biens apportés par d'autres associés, sont admis à émettre un vote valable, ils doivent logiquement concourir à la formation de la majorité. Dans ces conditions, le quart des actionnaires

(1) Pont, *op. cit.*, n° 1011.

apparaît comme devant être calculé d'après le nombre des participants à la délibération, abstraction faite de leur qualité de souscripteur ou d'apporteur en nature.

165. — La seconde majorité qui doit « représenter le quart du capital social en numéraire » ne donne lieu pour sa détermination à aucune difficulté lorsqu'il n'existe pas d'associés à la fois apporteur et souscripteur d'actions de numéraire. Mais dans le cas contraire, quel est le capital en numéraire qui devra servir de base pour le calcul de la majorité exigée par la loi ? Envisageons l'hypothèse d'une société constituée au capital de 1.000.000 de francs, qui comprendrait 800.000 francs d'actions d'apport et 200.000 francs d'actions de numéraire souscrites à concurrence de 160.000 francs par sept apporteurs, le solde, soit 40.000 francs, se trouvant réparti entre deux actionnaires non intéressés aux apports. Si l'on estime, comme l'ont fait d'assez nombreuses décisions de jurisprudence (1), que le quart du capital en numéraire doit être calculé sur l'intégralité des actions souscrites, la majorité à réunir sera de 50.000 francs ; or, les apporteurs étant exclus du vote, les deux autres actionnaires, qui seuls ont voix délibérative, ne pourront atteindre le maximum fixé par la loi et la société ainsi formée devra être annulée pour inobservation des règles prescrites par l'article 4 de la loi de 1867. A l'appui de cette opinion, on invoque tout d'abord le texte de la loi, qui ne fait aucune distinction et qui se borne à parler du quart du capital en numéraire. De plus on fait observer que si la portion du capital envisagé pour calculer la majorité exigée est réduite aux seules sommes souscrites par les actionnaires non apporteurs, l'approbation des apports sera parfois l'œuvre d'une infime minorité, notamment dans

(1) Amiens, 24 décembre 1886, (J. S., 1890.50) ; Trib. Civ. Château-Gontier, 12 janvier 1887 et Angers 27 juillet 1887 sous Cass. 22 février 1888, (S. 88.1.417) ; Paris, 17 février 1892, (R. S., 1892.242) ; Paris, 14 avril 1892, (S. 93.2.140) ; Sic., Lyon-Caen et Renault, op. cit., n° 716.

l'hypothèse ci-dessus, et qu'une approbation obtenue dans ces conditions n'a pas moins d'inconvénients qu'une absence totale d'approbation. Cette théorie, qui cependant prétend se justifier par l'observation stricte des termes de la loi, nous paraît devoir être rejetée ; elle aurait, en effet, pour conséquence directe, d'imposer aux sociétés en formation une prohibition importante et supplémentaire qui n'a vraisemblablement pas été dans l'idée du législateur de 1867 et qu'en tout cas il n'a pas formulée : ce serait d'interdire aux apporteurs la souscription, au-delà d'une certaine proportion, des actions émises contre espèces. Aussi la Cour de Cassation, dans plusieurs arrêts successifs, s'est prononcé pour l'opinion contraire et a décidé que seul devait être pris en considération, pour le calcul de la majorité, le montant des actions souscrites par les associés non apporteurs. (Cass. 6 novembre 1894. S. 95.1.113 ; 18 octobre 1899, S. 1901.1.81 ; 31 décembre 1906, S. 1909.1.137).

L'arrêt du 6 novembre 1894 (Alépée et Derriey contre Simond et autres et Société des Journaux Républicains réunis) a été rendu dans les circonstances suivantes. La Société des Journaux Républicains réunis était constituée au capital de 600.000 francs, divisé en 1.200 actions de 500 francs chacune, dont 1.160 émises en représentation d'apports en nature et 40 à souscrire et à libérer en numéraire ; ces 40 actions avaient été souscrites à raison de 24 par les six apporteurs et de 16 par deux associés non apporteurs. La nullité fut demandée, motif pris de ce que, contrairement à la loi, les apporteurs avaient participé au vote, et la Cour de Paris par arrêt du 17 novembre 1891 (S. 92.2.281) refusa d'annuler la délibération. Cette décision fut alors déférée à la Cour de Cassation, mais par arrêt du 6 novembre 1894, la Chambre Civile rejeta le pourvoi en considérant « que la majorité exigée par l'article 4 de la « loi de 1867, pour vérifier et apprécier les apports, doit être « calculée à raison du nombre des associés souscripteurs

« d'actions payables en numéraire, abstraction faite du nom-
« bre des associés joignant à cette dernière qualité celle d'ac-
« tionnaires apporteurs ; qu'il en est de même pour le calcul
« du quart du capital social en numéraire ; qu'il est, en effet,
« inadmissible que les apporteurs, même souscripteurs en
« numéraire, soient exclus de la délibération, lorsqu'il s'agit de
« l'approbation des apports, et qu'on fasse entrer en ligne
« de compte ces apporteurs frappés d'incapacité et le capital
« par eux souscrit, lorsqu'il s'agit de fixer la majorité néces-
« saire pour la validité de la même délibération ». Cette ques-
tion n'est maintenant plus discutée et l'on décide que la ma-
jorité requise doit être calculée uniquement sur le capital en
numéraire que représentent les souscripteurs ne possédant que
cette qualité, à l'exclusion du capital en numéraire qui aurait
pu être souscrit par les apporteurs (1). La Cour de Paris a
même décidé, aux termes d'un arrêt du 3 mars 1896 (D. 96.2.
516) que le capital devant être pris en considération pour le
calcul de la majorité pouvait être souscrit par un seul action-
naire.

166. — Le texte précis de l'article 4 ne nous semble pas, en
effet, permettre une autre interprétation. Il nous paraîtrait
cependant plus logique que le législateur ne se fût pas unique-
ment attaché pour le calcul de cette majorité au capital en
numéraire et qu'il eût adopté, dans le cas qui nous occupe, une
rédaction similaire à celle employée par lui dans l'article 30,
où il a pris soin de préciser que le quorum de présence exigé
devait être obtenu en faisant abstraction des apports soumis à
vérification. Nul ne conteste, en effet, l'intérêt que possèdent
certains apporteurs à prendre part d'une manière active aux

(1) Wahl. *Etude sur l'augmentation du capital dans les sociétés
anonymes et les sociétés en commandite par actions*, 1894, n° 66 ; *Pic.*
op. cit., n° 944 ; Houpin et Bosc'ueux, *op. cit.*, n° 605.

délibérations devant statuer sur l'approbation des apports effectués par d'autres apporteurs. Puisqu'il en est ainsi, pour quoi la majorité en sommes, de même que la majorité en nombre, ne serait-elle pas calculée sur la totalité du capital social, déduction faite de la valeur des apports à approuver et de celle des actions de numéraire souscrites par les actionnaires, dont les apports sont en discussion ?

167. — Les diverses conditions de composition et de vote, que nous venons d'examiner, doivent-elle être observées pour la tenue de toutes les assemblées constitutives, ou ne s'appliquent-elles seulement qu'à la deuxième assemblée constitutive ? Considérant la première assemblée comme une assemblée simplement préparatoire, qui ne doit qu'ordonner certaines mesures sans avoir à prendre de décisions importantes, certains auteurs (1) soutiennent que ces diverses règles ne concernent que la seconde assemblée et qu'en conséquence la première n'a pas à s'y conformer. Cette opinion ne nous paraît pas accorder à la première assemblée son importance véritable ; celle-ci ne prendra pas, nous le reconnaissons, de décisions définitives, mais peut-on nier que les mesures préparatoires, dont elle est l'auteur, ne soient de nature à exercer une influence sur les résolutions qu'adoptera la seconde assemblée ? Ces résolutions dépendent en partie de la personnalité du ou des commissaires nommés et du rapport présenté à l'assemblée devant se prononcer définitivement sur l'approbation des apports. L'intérêt des non-apporteurs commande que les commissaires choisis soient des hommes intègres et indépendants, inaccessibles à la corruption ou même à de simples influences, qu'ils soient de plus compétents et consciencieux, capables d'exécuter personnellement et à fond la mission qu'ils ont acceptée, et en même temps

(1) Pont, *op. cit.*, n° 1000 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 715.

résolus à exiger toutes les indications et justifications que cette mission comporte. Il nous paraît dans ces conditions conforme aux intentions du législateur de soumettre aux mêmes prescriptions les deux assemblées constitutives (1). C'est d'ailleurs dans ce sens que s'est prononcée la Cour de Bordeaux par un arrêt du 2 mai 1897 (J. S. 1897.510). De plus l'alinéa, précisant les conditions que doit remplir la majorité, débute par ces termes : « les délibérations » ; nous croyons logique d'admettre que cette expression se réfère à l'ensemble des décisions prises respectivement par chacune des deux assemblées, plutôt qu'au cas particulier où la deuxième assemblée, relativement aux apports, devrait procéder à diverses délibérations successives ; dans le cas contraire, en effet, cette prescription n'aurait pas fait l'objet d'un alinéa particulier, mais aurait été rattachée à l'alinéa précédent.

168. — e) Nous avons vu que la régularité des assemblées constitutives des sociétés anonymes est soumise à la présence auxdites assemblées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social non soumis à vérification. Au cas où ce quorum ne serait pas atteint, le dernier alinéa de l'article 30 de la loi de 1867 contient les diverses prescriptions alors à observer. L'assemblée ne réunissant pas le quorum exigé doit néanmoins délibérer sur les questions figurant à son ordre du jour et les décisions qu'elle arrêtera devront, comme dans toutes assemblées générales, faire l'objet d'un procès-verbal ; mais ces décisions n'auront qu'un caractère provisoire et elles ne pourront devenir définitives que lorsqu'elles auront été approuvées par une nouvelle assemblée, qui délibèrera valablement si elle est composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social. Bien que la loi ne

(1) Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 45 ; Percerou, *op. cit.*, n° 124.

le dise pas expressément, il faut admettre, par analogie avec l'alinéa précédent, que le capital sur lequel doit être calculé le nouveau quorum de présence du cinquième, est constitué non par le capital en numéraire, mais par le capital non soumis à vérification.

Le mode de convocation de cette seconde assemblée n'est pas indiqué par la loi ; il nous paraît donc logique de procéder à cet effet comme pour la convocation de l'assemblée qui n'a pu délibérer faute de quorum. Par contre, la loi exige qu'un mois avant la date de réunion de la nouvelle assemblée, deux avis publiés à huit jours d'intervalle dans un journal d'annonces légales portent à la connaissance des actionnaires les résolutions prises à titre provisoire par la première assemblée. Le texte ne précise pas le lieu où doivent être publiés ces avis ni les mentions qu'ils doivent contenir. Seul un journal d'annonces légales du futur siège social nous paraît pouvoir être utilisé pour cette publication. Quant au texte de ces avis, il convient, selon nous, d'y indiquer, 1° que l'assemblée réunie à telle date n'a pu valablement délibérer faute de réunir le quorum exigé par la loi ; 2° que, conformément à l'article 30 de la loi de 1867, elle a provisoirement adopté telle ou telle résolution, qui doivent être reproduites *in extenso* ; 3° qu'enfin, et bien que la loi n'impose pas cette mention, ces résolutions seront à nouveau soumises à une nouvelle assemblée, dont la date et le lieu de réunion doivent être indiqués, et qu'elles deviendront définitives si elles sont approuvées par cette assemblée qui devra réunir pour sa validité un nombre d'actionnaires représentant le cinquième du capital social. Ces avis ainsi rédigés pourraient-ils tenir lieu de nouvelle convocation ? En raison de la rédaction de l'article 30, qui fait mention sans les confondre d'une nouvelle convocation et de la publication de deux avis, lesquels ne doivent pas nécessairement comporter les indications relatives à la nouvelle assemblée, nous ne le pensons pas ; cette convocation devra donc être

faite postérieurement dans les formes et avec les délais déjà observés pour celle de la première assemblée.

169. — Comment doit se calculer le délai d'un mois qui doit s'écouler entre la date de publication des avis et celle de la réunion de la nouvelle assemblée ? Lorsque nous avons examiné cette question à propos du délai de cinq jours, pendant lequel les actionnaires doivent pouvoir prendre communication du rapport des commissaires vérificateurs des apports, nous avons indiqué qu'un certain nombre d'auteurs considéraient ce délai comme franc et nous avons combattu cette opinion en nous appuyant sur le principe, qu'en matière de procédure seuls sont réputés francs par la loi les délais, qui ont pour point de départ un exploit de signification à personne ou à domicile. Pour la même raison, nous ne pensons pas que ce délai d'un mois soit franc ; il y a seulement lieu de veiller que la publication du deuxième avis soit effectuée un mois entier avant le jour de l'assemblée. L'avis ayant été inséré dans un journal paraissant, par exemple le 1^{er} mai au matin, l'assemblée nous paraît pouvoir être valablement tenue le 1^{er} juin suivant. Toutefois les tribunaux ne s'étant pas encore prononcé sur le point de savoir si l'inobservation de la franchise des délais, en matière de convocation d'assemblées, constitue un cas de nullité, la pratique agira prudemment en considérant, jusqu'à ce que la question ait été tranchée, que ledit délai est franc. Enfin, en raison de l'expression employée par la loi, ce délai doit se calculer de quantième à quantième, sans avoir égard au nombre irrégulier de jours s'écoulant entre deux quantième : la publication de l'avis ayant eu lieu le 15 février, nous estimons que l'assemblée pourrait se réunir le 15 mars.

170. — Le législateur de 1867 n'a pas fixé expressément de quorum de présence pour les assemblées constitutives des sociétés en commandite par actions ; cependant, étant donné

qu'il exige une majorité déterminée pour la validité des décisions prises, il s'ensuit qu'une assemblée ne comprenant pas au moins parmi ses membres un nombre d'actionnaires permettant la formation des deux majorités prescrites par l'article 4, devra être considérée comme n'atteignant pas le quorum minimum exigé. Or, la loi n'a pas prévu cette éventualité et l'article 30 ne régissant que les sociétés anonymes les prescriptions de cet article sont inapplicables ; il ne sera donc pas permis de faire prendre à cette assemblée une décision provisoire, que pourrait par la suite ratifier une assemblée ultérieure délibérant valablement avec un quorum réduit. Doit-on déduire du silence de la loi que même la convocation d'une nouvelle assemblée est impossible et qu'en conséquence la société ne peut pas se constituer ? Certains auteurs l'ont soutenu en indiquant que la loi a supposé sans doute que lorsque, même sur le premier appel, « l'abstention des actionnaires est telle que cette proportion (le quart des actionnaires) ne peut pas être atteinte, il y a présomption suffisante de l'avortement de l'affaire projetée » (1). Cette opinion nous paraît être la conséquence d'une rigueur excessive que n'a pas manifestée le législateur. On ne saurait, en effet, considérer l'abstention de certains actionnaires comme la preuve certaine d'un refus de s'intéresser à la constitution de la société, leur absence pouvant être l'effet de bien d'autres causes. De plus, si la loi n'a pas formellement autorisé la réunion d'une nouvelle assemblée, elle ne l'a pas non plus prohibée et c'est pourquoi nous pensons que les gérants auront toujours le droit de procéder à la convocation d'une seconde assemblée, selon les formes et d'après les délais prescrits pour la première, et que cette assemblée pourra prendre des décisions valables, si elle réunit les deux majorités exigées par l'article 4 de la loi de 1867.

(1) Pont, *op. cit.*, n° 1001.

171. — Comme toutes les assemblées générales, les assemblées constitutives doivent se conformer aux prescriptions de l'article 28 de la loi de 1867. Un bureau devra donc être élu et il sera établi une feuille de présence, laquelle contenant les noms et domicile des actionnaires, ainsi que le nombre d'actions dont chacun d'eux est porteur, sera certifiée par les membres du bureau. D'autre part, l'usage s'est établi de rédiger un procès-verbal des délibérations des assemblées ; cette mesure, quoique non ordonnée par la loi, n'est pas moins indispensable pour constituer la preuve des résolutions votées par la majorité des actionnaires, mais sa force probante n'existe qu'autant qu'il est signé par les membres du bureau (Lyon, 26 novembre 1863, S. 1864.2.202).

SECTION 2.

Des Effets de la Procédure de Vérification

A. — *Pouvoirs de l'assemblée quant aux décisions à prendre.*

172. — Après que le rapport a été lu et que toutes les précisions, que pouvaient désirer les actionnaires, leur ont été fournies par les Commissaires-vérificateurs, l'assemblée doit se prononcer d'une manière définitive sur le sort des apports qui lui sont proposés. Elle n'est nullement liée par les conclusions du rapport et jouit de la plus entière liberté pour prendre une décision.

173. — a) Si elle donne son approbation à l'estimation provisoire des apports contenue dans les statuts, il ne reste plus qu'à procéder aux dernières formalités prescrites par la loi pour la constitution définitive de la société, savoir, dans les sociétés en commandite par actions la nomination du Conseil de Surveil-

lance, et dans les sociétés anonymes la nomination des premiers administrateurs et des commissaires aux comptes, dont l'acceptation des fonctions, qui leur sont conférées, doit être mentionnée au procès-verbal. Les statuts, qui ne formaient jusqu'alors qu'un projet, deviennent définitifs et la valeur des apports, ainsi que nous le verrons plus loin, se trouve, hors les cas de dol ou de fraude, irrévocablement fixée.

174. — b) Mais l'assemblée peut aussi refuser d'approuver l'évaluation proposée, soit qu'elle l'estime exagérée, soit qu'elle considère que les apports ne sont pas conformes à ceux promis, soit enfin pour une cause quelconque. Dans ce cas, l'article 4 précise que « la société reste sans effet à l'égard de toutes les « parties ». Une des conditions essentielles et nécessaires à la formation fait, en effet, défaut. Par suite de la défaillance de cette condition toutes les obligations antérieurement contractées par les futurs actionnaires sont résolues : les apporteurs reprennent la libre disposition des biens qui constituaient leurs apports et les sommes versées par les souscripteurs d'actions de numéraire doivent leur être restituées. Cette restitution comporte-t-elle aussi le paiement des intérêts du jour du versement au jour de la restitution ? Assurément non, puisque la loi est muette à ce sujet et qu'en dehors des cas spéciaux, où elle les fait courir de plein droit, les intérêts de sommes d'argent, conformément à l'article 1153 du Code Civil, ne sont dus qu'à partir de la sommation de payer. Il en serait autrement si, par suite de la négligence ou de la mauvaise volonté des fondateurs, les souscripteurs se voyaient contraints pour obtenir cette restitution, de leur faire délivrer une sommation : les intérêts seraient alors dus à compter de la date de la sommation (1).

(1) Il faut assimiler au refus d'approbation le cas où, dans la constitution d'une société anonyme, la deuxième assemblée convoquée, dans les formes et avec les délais prescrits par le dernier alinéa de l'article 30 de la loi de 1867, ne réunirait pas le quorum de présence minimum requis du cinquième du capital social.

Mais qui devra dans cette hypothèse supporter les frais déjà engagés pour préparer la constitution de la société ? La réponse ne nous paraît pas douteuse : seuls les fondateurs devront en assumer la charge. En effet, apporteurs et souscripteurs ne s'étaient engagés que sous la condition suspensive de l'approbation des apports par les assemblées constitutives ; cette condition faisant défaut, le contrat envisagé ne s'est pas formé et il serait incompréhensible que les apporteurs et souscripteurs dussent de ce fait subir un préjudice quelconque. Au contraire, les fondateurs ont pris eux-mêmes l'initiative de la constitution de la société ; ils ne pouvaient en ignorer les risques et seuls ils doivent supporter les effets d'une entreprise personnelle. Certains auteurs ont cependant soutenu qu'une partie de ces frais devrait incomber aux souscripteurs, lorsque ceux-ci par leur abstention ou leur négligence ont rendu impossible la constitution de la société. Même pour ce motif, cette opinion ne nous paraît pas pouvoir être admise : si, en effet, les souscripteurs se sont en grand nombre abstenus d'assister aux assemblées, il est à présumer que l'entreprise, à laquelle ils avaient été sollicités de participer, ne devait pas présenter pour eux un intérêt très grand et ce défaut d'intérêt doit être considéré à l'égard des fondateurs comme une faute suffisante pour que demeurent à leur charge personnelle les frais qu'ils ont engagés soit à la légère, soit avec l'intention de réaliser des profits exagérés. La loi toutefois n'interdit pas aux fondateurs de reprendre le même projet et de tenter à nouveau de le faire aboutir. Mais aucune des formalités déjà remplies à l'occasion de la société, qui vient d'échouer, ne pourrait être utilisée ; il serait alors nécessaire de procéder à la rédaction de nouveaux statuts, de recueillir de nouvelles souscriptions qui feraient l'objet d'une nouvelle déclaration notariée et de réunir de nouvelles assemblées.

175. — c) L'article 4 de la loi de 1867 n'a envisagé que ces deux éventualités : approbation ou rejet. S'ensuit-il que l'assemblée soit réduite nécessairement à prendre l'une ou l'autre de ces deux décisions et ne peut-elle adopter une solution intermédiaire, c'est-à-dire accepter les apports qui lui sont proposés, mais moyennant une rémunération moindre que celle qui figure au projet de statuts ?

Observons tout d'abord que ce droit ne peut être sérieusement contesté à l'assemblée, lorsque cette réduction des droits sociaux reconnus aux apporteurs réunit l'unanimité des apporteurs et des souscripteurs d'actions de numéraire. La société n'est encore qu'à l'état de projet et en vertu du principe de la liberté des conventions, les parties contractantes peuvent, d'un commun accord, apporter au contrat, toutes modifications qu'elles soient, avant de lui conférer le caractère définitif qui lui donnera seulement alors force de loi dans les rapports mutuels des associés. Par contre cette réduction sera impossible et la constitution de la société deviendra irréalisable, si les apporteurs n'y consentent pas, nul ne pouvant être obligé de contracter contre sa volonté.

176. — Mais que décider dans le cas où cette réduction consentie par les apporteurs intéressés n'est pas acceptée par l'unanimité des autres membres de la société ? Le vote de la majorité sera-t-il suffisant pour lier la minorité ? Certains auteurs (1) ont conseillé, pour résoudre pratiquement mais indirectement cette difficulté, de prévoir et d'autoriser dans les statuts cette réduction, par les assemblées constitutives, des droits sociaux des apporteurs. Ce moyen ne nous paraît pas de nature à atteindre le but visé. Les souscripteurs n'ont en effet adhéré aux statuts qui leur ont été présentés que sous la

(1) Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 597.

condition suspensive de la constitution définitive de la société ; leur force exécutoire ne prendra donc naissance qu'après qu'ils auront été approuvés par la seconde assemblée constitutive, qui aura nommé le premier conseil de surveillance ou constaté l'acceptation de leurs fonctions par les premiers administrateurs et commissaires aux comptes ; jusqu'à ce moment ils demeureront à l'état de projet et leurs dispositions ne sauraient s'imposer aux futurs actionnaires. La question reste donc entière.

Si la constitution d'une société par actions était un acte juridique uniquement régi par les textes du Code Civil relatifs au contrat de société, il devrait être, sans aucun doute, décidé qu'en aucun cas la majorité des parties contractantes ne pourra imposer sa décision à une minorité non consentante. Tant que le concours complet des volontés, en effet, n'a pas été réalisé, le contrat n'est pas formé et une partie conserve toujours le droit de renoncer à y participer, au cas où il est question d'y insérer une condition, qui n'est pas agréée par elle, ou que les conditions du contrat originellement proposé se trouvent modifiées. Un fonds de commerce devait, par exemple, être apporté à une société ; si le rapport des commissaires vérificateurs révèle que la situation de ce fonds de commerce ne correspond pas à ce que l'on pouvait légitimement espérer, tout souscripteur doit avoir le droit de se retirer. Aussi est-ce dans ce sens que se prononcent un certain nombre d'auteurs, qui refuse à la majorité le pouvoir de lier la minorité (1).

L'opinion contraire nous paraît cependant préférable pour plusieurs motifs. Tout d'abord les sociétés par actions ne sont soumises aux textes du Code Civil qu'autant que ces textes ne sont pas contraires à ceux des lois spéciales consacrées à ces sociétés (art. 1873 C. Civ.). Or la loi du 24 juillet 1867 a, dans

(1) Arthuys, *op. cit.*, n° 60 ; Percerou, *op. cit.*, p. 121 ; Vavasseur, *op. cit.*, n° 327.

son article 4, expressément indiqué que les décisions des assemblées constitutives relatives à l'approbation des apports en nature seraient valables à la condition d'être adoptées par une majorité qu'elle détermine d'une manière très précise. Pour l'approbation ou le rejet des apports, actes particulièrement importants lors de la constitution de la société, la loi reconnaît donc la suprématie de la majorité. Il est difficile de soutenir que la réduction d'une partie des droits sociaux exigés par l'apporteur en rémunération de ses apports constitue un acte d'une importance tellement plus considérable, que les conditions imposées par la loi dans les deux cas précédents ne soient plus suffisantes dans le troisième. D'ailleurs, cette réduction sera presque toujours conforme aux intérêts des souscripteurs puisque moyennant l'allocation de droits sociaux moins élevés la société recevra les mêmes apports. Enfin, si les statuts, qui ne sont encore qu'un projet, ne peuvent imposer, même par une clause expresse, cette mesure à la minorité, la loi s'impose à tous, et les souscripteurs d'actions de numéraire n'ont pas ignoré que, dans la réalisation de l'acte juridique auquel ils participaient, une disposition impérative de la loi reconnaissait à la majorité le pouvoir de décider.

D'autre part, les indications fournies par la lecture des travaux préparatoires de la loi du 24 juillet 1867 (1) sont particulièrement favorables à la thèse que nous soutenons ici. Au cours de la discussion de la loi, lors de la séance du Corps législatif du 31 mai 1867, un amendement avait été déposé tendant à ce que fût ajouté au texte du 6^e alinéa de l'article 4 le membre de phrase suivant : « à moins qu'elles ne se mettent d'accord sur « une évaluation différente ». La commission se prononça contre cet amendement et le rapporteur déclara : « La Commission a « pensé que la disposition qu'on propose à la Chambre est inu-

(1) Tripier, Commentaire de la loi de 1867, p. 499 et s.

« tile, car ce serait introduire dans la loi une faculté, qui évidemment est de droit commun et qui appartient, en matière de société commanditaire, comme en toute autre, aux parties contractantes ». L'amendement ne fut pas pris en considération. De plus une partie des membres de l'assemblée, combattant l'interprétation donnée par la Commission au 6^e alinéa de l'article 4 et désirant éviter la suprématie de la majorité (1), demanda le renvoi à la Commission, afin que la Commission, dans une rédaction nouvelle, « dise que, lorsque l'assemblée générale aura à voter, elle ne pourra le faire dans ce cas et pour cette situation fondamentale qu'autant que tous les actionnaires auront été appelés ; eux seuls, en effet, parties stipulantes au contrat, peuvent décider si, au moins à leur égard, la société sera maintenue ou non. Le pouvoir purement représentatif d'une assemblée est sans force dans ce cas, car il serait sans raison » (2). Cette demande de renvoi à la Commission eut le même sort que l'amendement ci-dessus. Il est donc indéniable que l'intention du législateur a bien été de permettre la réduction des droits sociaux des apporteurs par l'assemblée constitutive, cette réduction n'ayant même été adoptée que par un vote de la majorité.

Enfin, nous invoquons à l'appui de cette opinion un troisième argument d'ordre pratique. Si l'on admettait, en effet, que l'unanimité des actionnaires fût nécessaire pour pouvoir prononcer cette réduction, à quelles difficultés ne se heurterait-on pas lors de la constitution des sociétés comprenant un grand nombre de membres ! Il suffirait de la mauvaise volonté ou de l'obstination irraisonnée d'une seule personne pour faire obstacle à la formation d'une société, dont les éléments sont d'autant plus sains qu'une vérification sérieuse a été opérée et

(1) Cette majorité qui n'est astreinte par loi qu'à la réunir le quart du capital en numéraire peut parfois en réalité n'être qu'une minorité.

(2) Tripier, loc. cit., p. 529.

qu'ont été réduites les quelques exagérations que le projet primitif pouvait comporter. Ne serait-ce pas d'ailleurs une invitation au chantage que de permettre au souscripteur d'une seule action de numéraire de tenir en échec la réalisation d'une entreprise sérieusement étudiée et présentant le maximum de chances d'une future prospérité ?

Aussi sans méconnaître que l'avis contraire, tendant à réaliser le maximum de protection pour la minorité, serait sans doute plus conforme aux principes généraux de notre droit commun en matière de contrats, il ne nous paraît pas possible de l'adopter, en raison tant des conditions particulières imposées par la loi pour la constitution des sociétés par actions, que des intentions formelles du législateur révélées par les travaux préparatoires de la loi relative à ces sociétés. D'accord avec de nombreux auteurs (1), nous reconnaissons à la majorité le droit de décider la réduction des droits sociaux de l'apporteur.

B. *Effets des décisions prises.*

177. — a) Aux termes de l'avant-dernier alinéa de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, « l'approbation (des apports) « ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut « être intentée pour cause de dol ou de fraude ». L'approbation des chiffres portés dans les statuts de la société, comme représentant la valeur des apports, rend donc cette évaluation définitive et irrévocable, à l'égard des apporteurs et des premiers souscripteurs d'actions de numéraire, si ceux-ci ne peuvent invoquer à l'appui de leur demande ultérieure l'existence de manœuvres frauduleuses ou dolosives ayant vicié leur consentement (Cass. 21 juillet 1890, S. 92.1.501 ; Cass. 3 janvier 1900, S. 1901. 1.321, et la note de M. Wahl).

(1) Pont, op. cit., n° 1023 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., n° 717 ; Pic, op. cit., n° 949 ; Hémar, op. cit., p. 306 ; Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 597.

C'est sur la base de ce principe que la jurisprudence décide :

Qu'il n'appartient pas aux tribunaux, en se fondant sur des présomptions et indices étrangers à l'acte social, de donner à un apport en nature vérifié et approuvé dans les termes de l'article 4 de la loi de 1867 une valeur plus considérable que celle qui résulte de l'acte de société. (Cass. 10 janvier 1881, S. 81.1.251) ;

Que la délibération de l'assemblée générale ne saurait être attaquée à raison du seul fait de l'exagération des apports, alors qu'il n'est justifié ni d'un dol caractérisé, ni d'une erreur sur la substance. (Cass. 10 janvier 1881 ; 21 juillet 1890 et 3 janvier 1900, précitées) ;

Qu'une demande en nullité ou réduction des apports est, hors le cas de dol ou de fraude, irrecevable après vérification et approbation régulière des apports. (Trib. Com. Lille, 3 décembre 1923, Rec. Jur. Soc., 1924, 274 ; Paris, 23 décembre 1924, J. Trib. Com. Juillet. 1925).

C'est encore dans ce sens que s'est récemment prononcé la Cour de Cassation par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 28 juillet 1924 (Rec. Jur. Soc., 1924.308) rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Montpellier du 3 novembre 1922 dans une affaire : Javel c. Société l'Usine Lyonnaise de Produits Chimiques, où un actionnaire, sans articuler aucun fait de fraude, alléguait la fictivité des apports faits à la société. La Chambre des Requêtes déclare notamment : « Atten-
« du que l'arrêt attaqué, après avoir constaté que « l'approba-
« tion des apports faits à la société par Epinaï et Lepage a été
« entourée de toutes les formalités et garanties exigées par la
« loi » déclare « que les apports ne consistaient pas seulement
« en un procédé de fabrication, mais aussi dans des appareils.
« des droits à bail utilisés par la société l'Usine Lyonnaise de
« produits chimiques ; qu'aucune délimitation n'ayant été éta-
« blie lors de l'établissement de leur convention pour fixer une

« valeur séparée aux éléments divers composant les apports »,
 « l'on ne peut aujourd'hui fixer une valeur distincte ; attendu
 « qu'en affirmant ainsi la réalité d'apports régulièrement ap-
 « prouvés et dont l'évaluation seule pouvait être exagérée, la
 « Cour d'Appel a légalement justifié sa décision et nécessai-
 « rement répondu aux conclusions qui se bornaient, sans au-
 « cune précision, à alléguer que l'apport avait été fictif, sans
 « articuler aucun fait de fraude, etc... »

178. — Cette règle sur le caractère définitif et irrévocable de l'évaluation des apports après une vérification et une approbation régulières, les cas de dol ou de fraude exceptés, n'est d'ailleurs que l'application du principe, suivant lequel la seule lésion n'est pas entre majeurs une cause valable de rescision des contrats, en dehors des hypothèses bien déterminées et expressément prévues par la loi. Or, l'évaluation des apports approuvés par les souscripteurs d'une société par actions, dont la décision n'est pas l'effet de manœuvres frauduleuses, ne figure pas dans les hypothèses prévues par la loi et la demande de ces souscripteurs tendant à faire prononcer la nullité de la délibération ou à obtenir des dommages-intérêts pour évaluation exagérée des apports doit donc être rejetée. Mais la loi a expressément prévu que la seule lésion serait un motif de rescision des contrats lorsque dans une vente d'immeubles le vendeur prouverait avoir subi un préjudice au moins égal à plus des sept douzièmes de la valeur de l'immeuble aliéné (art. 1674. C. Civ.) L'apporteur dont l'immeuble aura été l'objet d'une évaluation trop basse, pourra-t-il invoquer le bénéfice de l'article 1674 du Code Civil ? Nous ne le pensons pas. En effet, en sa qualité d'exception au droit commun, la règle de l'article 1674 doit être appliquée d'une manière restrictive ; or la loi ne l'a formulée que pour les ventes d'immeubles et ce serait ajouter au texte que de l'étendre aux apports en société. D'autre part, les motifs qui ont inspiré au législateur cette exception

en faveur du vendeur n'existent plus si l'on considère un apporteur en société ; en effet, sous l'empire de pressants besoins d'argent, le propriétaire d'un immeuble peut être contraint de le vendre même à vil prix, mais cette nécessité de réaliser à perte ne pourra jamais être invoquée en cas d'apport en société, puisque par hypothèse le propriétaire ne doit recevoir pour prix de son immeuble que des droits dans les bénéfices futurs de la société (1).

179. — La délibération de l'assemblée constitutive approuvant les apports a donc pour effet de fixer d'une manière définitive et irrévocable leur évaluation. Cette évaluation d'ailleurs s'impose non seulement aux apporteurs et aux souscripteurs, mais encore à la société elle-même qui n'a pas le pouvoir de la modifier arbitrairement. C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 25 mars 1925 (Rec. Jur. Soc., août-septembre 1925) a décidé que, s'il a été fait apport à une société de biens en nature, dont l'évaluation par les statuts est inférieure à leur valeur réelle, l'assemblée générale ordinaire ne peut décider que ces biens, sous prétexte de sincérité du bilan, seront à l'avenir portés à l'inventaire pour une valeur supérieure à leur valeur statutaire, la minoration desdits apports constituant un des éléments, desquels les actionnaires ont tenu compte en souscrivant, et un pareil procédé devant avoir pour effet d'entraver l'application de l'article 37 de la loi du 24 juillet 1867 en masquant éventuellement les pertes subies par la société. Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 12 juin 1926 (R. S. 1926.386) a statué dans le même sens (2).

(1) Pont, op. cit., n° 1018 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., n° 717 ; Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 598.

(2) Le cas d'une réévaluation de certains postes d'un bilan opérée en conformité de la loi monétaire du 25 juin 1928 doit être réservé ; il y a également lieu de réserver le cas où une assemblée générale extraordinaire délibérant aux conditions prescrites par l'article 31 de la loi de 1867 adopterait une modification aux statuts comportant réduction de la valeur attribuée aux apports.

180. — D'après les principes ci-dessus exposés, peut-on déclarer licite la clause des statuts d'une société anonyme stipulant que les apporteurs, en plus des droits sociaux, qui leur ont été alloués lors de la constitution de la société, auront droit, lors de la réalisation de toute augmentation de capital par voie d'apport tant en espèces qu'en nature, et jusqu'à concurrence d'une certaine somme, à une rémunération complémentaire, dont le montant sera égal à celui de l'augmentation de capital réalisée, cette rémunération devant leur être versée en nouvelles actions ? Ainsi une société est constituée au capital de 800.000 francs, dont 400.000 francs d'actions d'apport et 400.000 francs d'actions de numéraire ; peut-il être convenu qu'à l'occasion de toutes augmentations de capital et tant que le montant total de ces augmentations ne dépassera pas 600.000 francs par exemple, il sera créé, pour être remis aux premiers apporteurs à titre de rémunération complémentaire, un nombre d'actions égal à celui des actions émises lors de l'augmentation ? C'est ainsi qu'après la réalisation d'une ou plusieurs augmentations de capital, dont le montant total n'excédera pas 600.000 francs, le capital de la société envisagée sera constitué de la manière suivante : capital originaire en numéraire : 400.000 francs ; capital originaire représentatif d'apports : 400.000 francs ; montant des augmentations de capital : 600.000 francs ; rémunération complémentaire des premiers apporteurs : 600.000 francs ; soit au total : 2.000.000 de francs.

181. — Diverses objections peuvent être soulevées contre une clause de ce genre.

Elle ne semble en effet pas être très conforme aux intentions du législateur de la loi de 1867. Dans les nombreuses prescriptions imposées par l'article 4 pour la vérification et l'approbation des apports, celui-ci a clairement indiqué combien il lui paraissait nécessaire de protéger les souscripteurs d'actions

de numéraire, non seulement contre les agissements des apporteurs, mais même encore contre leur propre entraînement plus ou moins réfléchi à un moment où l'affaire proposée ne leur paraît comporter que des chances de gain ; la réunion de deux assemblées, la nomination de commissaires-vérificateurs, l'établissement d'un rapport et son dépôt obligatoire pendant un certain délai avant la tenue de la deuxième assemblée ne peuvent laisser subsister aucun doute à ce sujet. Or une rémunération qui n'est qu'éventuelle semblera souvent aux souscripteurs assez lointaine ; ils pourront même espérer qu'en raison des bénéfices immédiats qui leur sont annoncés, la société n'aura jamais besoin d'augmenter son capital, qu'ainsi cette rémunération ne deviendra jamais réelle et ils seront d'autant plus disposés à l'accorder que la prospérité de l'entreprise leur paraîtra plus assurée. Leur consentement certes n'aura pas été vicié, mais les causes déterminantes de ce consentement ne s'appuieront sur aucune réalité.

D'autre part, l'on soutiendrait en vain que l'évaluation des apports, dont parle le législateur dans l'article 4, n'est pas une évaluation définitive, quant à son montant. La loi veut que les souscripteurs se prononcent en connaissance de cause et elle n'a certainement jamais envisagé l'hypothèse d'une rémunération conditionnelle, sur le principe de laquelle l'assemblée devrait statuer dans l'ignorance complète des circonstances dans lesquelles elle doit devenir définitive.

182. — Sont-ce là cependant des motifs suffisants pour déclarer illicites les clauses de ce genre ? Nous ne le pensons pas, ces stipulations ne renfermant rien qui soit en opposition formelle avec les diverses prescriptions de l'article 4 de la loi de 1867. Il convient toutefois d'apporter certaines précisions relatives à la manière dont elles devront être appliquées.

Il nous paraît indispensable que les assemblées appelées à procéder à l'évaluation définitive des apports se prononcent sans ambiguïté sur le chiffre auquel elles entendent fixer cette évaluation, c'est-à-dire que les assemblées devront indiquer dans les résolutions adoptées, si elles reconnaissent aux apports effectués une valeur égale au montant des actions d'apport créées lors de la constitution de la société augmenté de la valeur nominale des actions pouvant être ultérieurement remises aux apporteurs à titre de rémunération complémentaire en cas d'augmentation de capital. Ainsi sera respectée l'intention du législateur de voir définitivement fixer par les assemblées constitutives la valeur **attribuée** aux apports effectués.

Mais, dira-t-on, comment dresser dans ces conditions un bilan donnant la situation exacte de la société ? Si les apports sont inscrits à l'actif pour la valeur totale que leur a attribuée l'assemblée, ce bilan fera immédiatement ressortir au profit de la société, avant toute opération commerciale, un bénéfice égal au montant de la rémunération éventuelle, puisqu'aucune contre-partie de cette rémunération ne figurera au passif. Ce serait à la fois une inexactitude et un non-sens. Si au contraire on ne mentionne à l'actif du bilan sous la rubrique « Apports » que le montant des actions d'apport émises à la constitution de la société, le bilan n'est pas conforme aux décisions de l'assemblée. Nous pensons que cette difficulté peut être ainsi résolue. Les apports seront portés à l'actif pour la totalité de leur évaluation et l'on devra ouvrir dans les livres un « compte d'ordre » qui sera crédité du montant de la rémunération éventuelle et dont le solde figurera au passif du bilan. Les tiers, qui seraient sollicités de participer à une augmentation de capital ultérieure de la société, seront ainsi informés d'une manière précise de la valeur exacte des apports effectués à la société lors de sa constitution.

Sans désirer que se généralise l'usage de telles clauses, nous

estimons que le texte de l'article 4 de la loi de 1867 ne s'oppose nullement à ce qu'elles se réalisent ainsi.

A l'appui de leur justification on a invoqué (1) un arrêt de la Cour de Cassation du 1^{er} mars 1882 (S. 84.1.231) rendu sur pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 3 juin 1881 dans une affaire Pillon de St-Philbert c. Bonnet et autres. Cet arrêt ne nous paraît pas concluant dans notre hypothèse, puisque la somme dont l'apporteur Pillon de Saint-Philbert réclamait le cinquième aux termes des statuts de la société, ne constituait pas une augmentation de capital, mais avait été versée dans la caisse de la société à titre de prêt.

De plus, il est nécessaire d'ajouter que si la clause ci-dessus analysée ne paraît pas illicite, ce n'est qu'autant que la rémunération complémentaire à accorder aux apporteurs en cas d'augmentation de capital se trouve limitée par les statuts de la société. On ne pourrait, en effet, stipuler, qu'une quantité d'actions proportionnelle à l'importance de toute augmentation de capital serait remise aux apporteurs, quel que soit le chiffre auquel doive s'élever le montant total des augmentations de capital. Dans ce cas, les prescriptions de l'article 4 ne seraient plus respectées, puisque la deuxième assemblée constitutive, ignorant le chiffre auquel pourra un jour s'élever la rémunération totale des apporteurs, serait dans l'impossibilité de l'approuver.

Enfin cette rémunération complémentaire de l'apport doit-elle être, au moment où elle devient effective, approuvée dans les formes établies par l'article 4 ? Dans l'état actuel des textes nous ne le pensons pas. En effet, cette clause de rémunération complémentaire devant, selon nous, pour être licite comporter l'indication d'un maximum, l'assemblée, qui a statué lors de la constitution de la société sur l'appréciation de l'apport, l'a

(1) Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 558.

fait en prenant en considération le complément de valeur qu'entraîneront pour cet apport les futures augmentations de capital dans les limites du maximum fixé. Or l'évaluation des apports réalisée sans dol ni fraude fixe irrévocablement leur valeur, d'après l'avant-dernier alinéa de l'article 4 et ce serait remettre en question cette évaluation que de subordonner à l'autorisation d'une assemblée devant réaliser une augmentation de capital la création d'actions au sujet de laquelle ont déjà statué les assemblées constitutives.

Certes il est à craindre qu'une évaluation de l'apport donnée au moment de la constitution de la société dans les conditions ci-dessus exposées ne réponde que trop rarement à la valeur exacte du bien en faisant l'objet. On peut même envisager la fraude qu'une telle clause est de nature à favoriser, à savoir la constitution d'une société formée entre le ou les apporteurs et un nombre très restreint d'autres actionnaires, dont chacun n'a souscrit que quelques actions de numéraire et qui sont d'accord avec les apporteurs pour accorder à ceux-ci une rémunération complémentaire proportionnelle à l'importance des futures augmentations de capital à concurrence d'un certain chiffre, les statuts autorisant d'ores et déjà le Conseil d'administration à procéder sur sa simple décision à ces augmentations de capital. Mais seule une modification de l'article 4 serait susceptible de remédier à ces graves inconvénients en limitant les effets de la décision des assemblées constitutives, quant à l'évaluation des apports, au montant des actions créées par lesdites assemblées et en exigeant expressément une nouvelle délibération pour toute rémunération complémentaire attribuée ultérieurement aux apporteurs.

183. — b). Mais la loi n'a pas entendu que l'évaluation des apports adoptée par la deuxième assemblée constitutive acquit en tout état de cause un caractère définitif et irrévocable ; elle

a au contraire expressément réservé le cas où l'approbation n'est obtenue qu'à la suite de dol ou de fraude et elle autorise alors divers recours que nous allons examiner.

Ces actions contre les décisions d'une assemblée, qu'ont pu vicier des manœuvres dolosives ou frauduleuses, ne résultent pas de prescriptions spéciales régissant la constitution des sociétés par actions ; il ne faut y voir en réalité qu'une application normale des principes généraux du droit, tels qu'ils sont exposés dans les articles 1109 et suivants du Code Civil. Leur exercice sera donc subordonné à la réunion des conditions énoncées en l'article 1116 du Code Civil, aux termes duquel « le dol est « une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres « pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident « que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas con- « tracté ». C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 10 novembre 1897 (S. 97.1.505. Messimy et fondateurs et administrateurs de la Société Française des Mines de cuivre, c. faillite de cette Société) a déclaré qu'était à bon droit déclarée la nullité d'une société, lors de la constitution de laquelle il n'y a eu que la fiction d'une vérification des apports destinée à tromper les actionnaires et à les amener à approuver les statuts de la société, alors que les apports effectués à cette société ont été sciemment dénaturés par une majoration telle, qu'on peut dire que le capital annoncé et promis était fictif et illusoire et qu'ils n'ont été approuvés que par suite des manœuvres dolosives des apporteurs, fondateurs et vérificateurs.

En l'absence de manœuvres repréhensibles pratiquées par les apporteurs, il ne saurait donc, conformément à l'article 1116, exister de dol permettant d'attaquer la décision de l'assemblée. Une simple majoration de la valeur des apports ne constituerait pas un dol : il en serait ainsi notamment de biens apportés à une société pour une valeur supérieure au prix qu'a payé

l'apporteur pour les acquérir (Trib. Commerce Nantes, 9 octobre 1897, R. S. 1898, 488 ; Paris, 23 décembre 1924, J. Trib. Com. juillet 1925).

Mais les manœuvres des apporteurs ou fondateurs ne sont pas l'unique condition exigée par la loi pour que le dol puisse être invoqué ; il faut encore que ces manœuvres aient été pratiquées contre les souscripteurs qui ont assisté à l'assemblée. Ainsi, selon nous, auront le caractère d'un dol, un rapport mensonger, des déclarations inexactes faites verbalement au cours de l'assemblée, la production de documents faux ou erronés à dessein.

Enfin, conformément au droit commun, le dol ne se présume pas et doit être prouvé par ceux qui l'invoquent à l'appui de leur demande.

Bien que la loi de 1867 n'ait réservé dans son article 4 que les cas de dol ou de fraude, on admet généralement que la délibération approuvant les apports pourrait être attaquée si elle était entachée de tout autre vice du consentement, notamment d'erreur sur la substance des biens apportés. A plus forte raison doit-on reconnaître le même droit aux souscripteurs en cas de fictivité ou d'inexistence des apports (Paris, 5 décembre 1881, sous Cass. 10 décembre 1885, D. 85.1.355 ; Lyon, 14 juin 1895, S. 96.2.213).

184. — c) Mais quelle est la nature de l'action visée par le législateur dans l'avant-dernier alinéa de l'article 4 ? De droit commun les contrats dans lesquels le consentement des parties n'a pas été libre ou se trouve vicié par suite d'erreur ou de dol peuvent être attaqués par la voie de l'action en nullité. La nullité des délibérations ayant approuvé les apports pourra donc être demandée par les souscripteurs d'actions de numéraire administrant la preuve du dol ou de l'erreur, dont ils prétendent avoir été les victimes. S'il est fait droit à cette demande, l'annu-

lation prononcée a pour conséquence nécessaire la nullité de la société elle-même, le capital social ne se trouvant pas avoir été intégralement souscrit. (Cass. 10 novembre 1897, S. 97.1.505 ; Douai, 6 août 1903, D. 1907.2.377).

L'action en nullité n'est toutefois pas la seule voie de recours ouverte aux souscripteurs ; le dommage causé par les auteurs du dol est la conséquence d'un délit civil et rien ne s'oppose, conformément à l'article 1382 du Code Civil, à ce que la réparation du préjudice subi soit poursuivie par voie de demande en dommages-intérêts (Cass. 13 février 1907, J. S., 1908.114). C'est même, pensons-nous la seule procédure à la disposition des cessionnaires ayant acquis leurs actions postérieurement à la constitution de la société. En effet, ou bien l'approbation des apports est le résultat de manœuvres dolosives et les cessionnaires seraient, selon nous, irrecevables à exercer l'action en nullité, le dol n'ayant pas été pratiqué contre eux ; ou bien les apports ont été majorés, sans toutefois qu'un dol ou une fraude puissent être retenus à la charge des apporteurs et, la décision de l'assemblée étant dans ce cas irrévocable, seule l'action en dommages-intérêts peut être intentée pour réparer le dommage infligé aux cessionnaires. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Cassation du 19 février 1889 (S. 92.1.406) a jugé que l'action en dommages-intérêts intentée par des cessionnaires d'actions contre les apporteurs et fondateurs, en tant que membres d'un syndicat formé après la constitution pour le placement des actions par eux souscrites, pouvait être examinée et accueillie en dehors de toute demande en nullité de la société.

185. — d) La question est controversée de savoir si les dommages-intérêts réclamés ne pourraient pas consister en une réduction des droits sociaux attribués aux apporteurs lors de la constitution de la société. Quelques décisions judiciaires se sont

prononcé pour l'affirmative. (Trib. Com. Seine, 26 février 1907, J. S. 1908.67 ; Paris, 3 février 1910, R. S. 1911.32).

A l'appui de cette théorie on invoque principalement deux arguments, l'un d'ordre juridique, l'autre d'ordre essentiellement pratique. Le premier est tiré de l'assimilation de l'apport à la vente faite par l'article 1845 du Code Civil en matière de garantie, assimilation de laquelle on déduit le droit pour les souscripteurs d'opter entre l'action en nullité et l'action en réduction de prix. Or le texte même de l'article 1845, aux termes duquel, lorsque l'apport consiste en un corps certain, « l'associé en est « garant envers la société de la même manière qu'un vendeur « l'est envers son acheteur », ne nous paraît pas permettre cette interprétation. Cet article, en effet, ne vise, selon nous, que l'étendue de la garantie à fournir quant aux solutions à apporter aux conflits résultant de l'obligation de garantie, elles ne pourront être identiques puisqu'elles doivent s'appliquer à des situations juridiques nées de contrats de nature différente. C'est ainsi qu'un des éléments essentiels de la vente est constitué par le prix, lequel juridiquement n'existe pas dans l'apport en société, bien qu'on ait pu, au point de vue économique, considérer les droits sociaux alloués à l'associé comme représentant le prix de l'apport. Ces deux éléments, prix dans la vente, droits sociaux dans l'apport en société, ne possédant pas la même nature, on ne saurait, en l'absence d'un texte précis, les soumettre obligatoirement aux mêmes règles.

Pratiquement, l'on indique que, si l'on refuse aux tribunaux le droit de réduire les droits sociaux, il arrivera souvent que les dommages-intérêts accordés à la société ne seront qu'une satisfaction purement platonique lorsque les apporteurs condamnés seront insolvables. Cet argument ne nous paraît pas très décisif, car si la réduction judiciaire n'est pas possible, elle pourra toujours être prononcée par une assemblée générale ex-

traordinaire, délibérant aux conditions de quorum et de majorité prescrites par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867.

D'ailleurs d'autres objections ont été faites à cette réduction des droits sociaux de l'apporteur par les Tribunaux. M. le Professeur Wahl (J. S. 1911.123) s'exprime ainsi : « L'annulation
« consistant dans la suppression des droits sociaux, la réduction
« de ces droits est une annulation partielle. Or, nos lois n'ad-
« mettent pas d'annulation partielle ; elles ne voient pas de
« milieu entre l'annulation totale et le maintien également to-
« tal du contrat ». Poursuivant la réfutation de cette théorie, le même auteur ajoute : « Si l'acheteur peut demander une
« réduction du prix en cas de dol du vendeur, c'est parce que
« cette réduction se résume à faire verser par le vendeur une
« somme équivalente au montant de la réduction et constituant
« des dommages-intérêts ; les dommages-intérêts ne peuvent
« consister que dans la prestation d'une somme, lorsque la loi
« n'en dispose pas autrement ». Dans la vente, en effet, la réduction du prix ou la condamnation à des dommages-intérêts prononcées contre le vendeur, qui s'est rendu coupable de dol, aboutissent, en ce qui concerne l'acquéreur, au même résultat ; dans l'un et l'autre cas il lui sera versé une somme d'argent, dont il profitera personnellement et qui constituera pour lui la réparation du préjudice qu'il aura subi. Il n'en est pas de même dans l'apport en société : la loi autoriserait-elle, même dans ce cas, l'allocation de dommages-intérêts ne consistant pas en argent, que le but visé ne serait pas atteint. Les manœuvres des apporteurs ont pu occasionner à la société de lourdes pertes, auxquelles seule une indemnité pécuniaire lui permettra de remédier ; si cette indemnité est remplacée par une réduction des droits sociaux des apporteurs, cette mesure n'aura pour effet que de diminuer la part de ces apporteurs dans des bénéfices futurs, qui, en raison de la situation précaire de la société, risquent de ne jamais se réaliser.

De plus, il faut signaler un argument particulièrement vigoureux contre cette théorie de la réduction judiciaire des droits sociaux et que M. le Professeur Pic (op. cit. n° 946) formule ainsi : « Le raisonnement de la jurisprudence se heurte, selon « nous, en matière de sociétés par actions, à une impossibilité « juridique tirée du principe de la souscription intégrale du capital. Il n'est pas au pouvoir du tribunal de réduire d'autorité « le capital social, sous prétexte de majoration des apports, et « de maintenir la société au capital réduit. Seule l'assemblée « générale extraordinaire, statuant aux conditions de majorité « de l'article 31, pourrait ordonner la réduction du capital « primitif pour ramener les apports à leur valeur réelle » (1).

Enfin, nous ne croyons pas inutile de rappeler qu'aux termes de l'article 1134 du Code Civil « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » et « qu'elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise ». Lorsqu'en effet le législateur confère à l'autorité judiciaire le droit de réformer les conventions des parties contractantes, il exprime clairement son intention à ce sujet : il l'a fait dans le Code Civil au titre de la vente et tout récemment encore dans le 2^e alinéa de l'article 14 de la loi du 1^{er} avril 1926 modifiée par la loi du 29 juin 1929 sur les loyers. Or rien dans les nombreux articles de la loi du 24 juillet 1867 ne peut permettre même seulement de présumer que le législateur ait eu cette intention à l'égard des apports effectués en société. Certes nous devons reconnaître que la jurisprudence a de plus en plus tendance à s'arroger le droit de réviser spontanément les conventions des parties ; les arrêts, dans ce sens, sont chaque jour plus nombreux, notamment en matière de mandat. Mais l'affirmation même réitérée d'un droit ne suffit pas à le créer

(1) Dans le même sens, Amiot, *Gaz. Soc.*, 1^{er} octobre 1912 ; Houpin et Bosvieux, op cit., n° 599.

et nous croyons respecter à la fois et le texte de la loi et l'intention du législateur en concluant que la réduction des droits sociaux attribués à un associé en rémunération de ses apports ne peut pas être l'œuvre de l'autorité judiciaire.

Tel est d'après la loi du 14 juillet 1867 le mode de vérification et d'approbation des apports en nature effectués aux sociétés par actions. Nous ne l'apprécierons pas ici, car les critiques dont il a été l'objet sont trop importantes et trop nombreuses. L'examen de ces critiques et l'indication des diverses réformes susceptibles de réaliser pour les intéressés une plus grande sécurité feront l'objet de la conclusion de cette étude.

CHAPITRE III

Du Mode de Rémunération des Apports en nature

186. — Pour qu'il y ait juridiquement apport en société, nous avons indiqué précédemment que la rémunération de cet apport devait uniquement consister en droits sociaux attribués à l'apporteur ; par contre, toute convention, aux termes de laquelle celui-ci reçoit en échange de sa mise sociale une valeur **fixe** et **invariable**, qui lui est irrévocablement acquise, constitue non plus un apport mais une vente soumise aux prescriptions des articles 1582 et suivants du Code Civil et de l'article 109 du Code de Commerce.

Les droits sociaux reconnus aux apporteurs peuvent varier quant à leur nature et quant à leur étendue, mais cependant tous comportent une participation plus ou moins importante aux bénéfices que l'entreprise fondée est appelée à réaliser. Ils sont donc à cet égard étroitement dépendant de la propriété future de la société et c'est précisément au caractère pour ainsi dire aléatoire mais fondamental de cette rémunération que l'on

s'attache pour reconnaître à telle ou telle convention la nature d'un apport en société.

Le plus généralement c'est par l'attribution d'actions dites « d'apport » que s'effectue la rémunération des associés, dont la mise sociale ne consiste pas en numéraire. En vertu de cette attribution l'apporteur se trouve alors investi, comme tout souscripteur d'actions de numéraire, du droit de prendre part aux assemblées générales tenues au cours de la vie sociale, et de participer aux bénéfices de la société ainsi qu'au partage de l'actif social après paiement des créanciers.

Mais la création d'actions d'apport n'est pas l'unique procédé employé pour la rémunération de l'apporteur de biens en nature. Celle-ci s'opère très fréquemment au moyen de titres spéciaux dénommés « parts de fondateur » ou « parts bénéficiaires », qui confèrent à leur possesseur un droit à une part des bénéfices sociaux, à l'exclusion de tout droit de prendre part aux assemblées générales d'actionnaires. Ces parts de fondateur ou parts bénéficiaires, que la loi n'avait pas prévues et dont le régime ne se trouvait en conséquence pas réglementé par elle, ont été récemment consacrées par le législateur dans l'article 15 de la loi du 31 mars 1927 et notamment dans la loi du 23 janvier 1929, qui a définitivement fixé leur statut.

SECTION 1

Des Actions d'Apport

187. — Les actions créées en représentation d'apports en nature ne diffèrent pas quant à leur nature des actions émises contre espèces. Comme celles-ci elles confèrent à leur attributaire la qualité d'associé avec tous les droits généralement attachés

à cette qualité, sauf quelques restrictions que nous signalerons plus loin. Le propriétaire d'actions d'apport peut donc assister aux assemblées générales d'actionnaires; il a droit à une part des bénéfices et participe, lors de la dissolution de la société, au partage de l'actif social, après extinction du passif et amortissement du capital. Toutefois, l'identité des droits représentés par les actions de numéraire et les actions d'apport ne constitue pas une règle impérative et absolue, qu'on ne saurait enfreindre. La loi du 16 novembre 1903, modifiant l'article 34 du Code de Commerce a, en effet, autorisé les sociétés à créer des actions dites « de priorité, jouissant de certains avantages sur les autres actions ». En raison de cette disposition législative, qui ne fait d'ailleurs aucune distinction pour son application entre les actions de numéraire et les actions d'apport, il est donc possible de reconnaître à l'une de ces deux catégories d'actions des droits inférieurs ou supérieurs à ceux de l'autre.

On ne saurait cependant assimiler d'une façon complète les actions d'apport aux actions de numéraire. Les abus, dont se sont rendus coupables trop souvent les apporteurs, ont, en effet, déterminé le législateur à édicter des règles particulières applicables aux seules actions d'apport. Nous allons les examiner.

188. — A) Alors que l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1893 ne demande pour la constitution régulière des sociétés que le versement en numéraire par chaque actionnaire du quart du montant des actions par lui souscrites, l'article 2 de la même loi exige que les actions représentant des apports soient toujours intégralement libérées. Cette mesure a eu pour but de rendre plus rares les actions mixtes, dont l'usage s'était tellement répandu sous l'empire de la loi de 1867. Représentant en partie des apports en nature et en partie des versements

en numéraire que devaient effectuer ultérieurement les apporteurs, la valeur des actions mixtes attribuées dépassait généralement de beaucoup celle des apports, laquelle n'atteignait d'ordinaire que le quart du montant total de ces actions. La loi qui n'exigeait que la libération du quart des actions se trouvait ainsi respectée, mais le grand nombre de titres mis ainsi à la disposition des apporteurs favorisait trop l'agiotage et la spéculation. La réforme de 1893 n'a pas prohibé les actions mixtes, mais la nécessité de les libérer intégralement, dès la constitution de la société, leur a enlevé tout l'intérêt qu'elles pouvaient présenter pour ceux auxquels elles étaient attribuées et le résultat cherché par le législateur a pu ainsi être atteint. Il est, en effet, moins onéreux pour les apporteurs de recevoir des actions correspondant exactement à la valeur de leurs apports et de souscrire par ailleurs, s'ils le désirent, des actions de numéraire, du montant desquelles ils ne sont tenus qu'au versement du quart, que de se voir attribuer un grand nombre d'actions mixtes, qui, n'étant libérées que partiellement par la réalisation de leurs apports en nature, exigent, pour respecter les prescriptions de la loi, un paiement immédiat en espèces égal à la différence entre le montant de la valeur reconnue à leurs apports et celui de la valeur nominale totale de toutes les actions mixtes.

189. — B) Outre la nécessité d'une libération intégrale des actions d'apport lors de la constitution de la société, le législateur a assujéti ces actions à diverses prescriptions exorbitantes du droit commun et réglementant pendant un certain délai, soit la création matérielle de ces titres, soit les transmissions de propriété, dont ils pourraient faire l'objet.

Le début du 3^e alinéa de l'article 3 de la loi du 1^{er} août 1893 précise, à ce sujet que « ces actions ne peuvent être détachées » de la souche et ne sont négociables que deux ans après la

« constitution définitive de la société » et le 4^e alinéa du même article ajoute que « pendant ce temps elles devront, à la diligence des administrateurs, être frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date de cette constitution ». De fréquents scandales avaient, en effet, attiré l'attention du législateur sur le procédé suivant, auquel avaient recours certains apporteurs : qu'ils se soient ou non rendus coupables de manœuvres présentant les caractéristiques d'un dol véritable, ils s'efforçaient de se faire remettre une quantité d'actions d'apport, dont la valeur totale dépassait de beaucoup celle qui devait être légitimement reconnue aux apports effectués ; puis, sachant que ces apports étaient fortement majorés et que la prospérité future de la société s'en trouvait compromise, ils se hâtaient de vendre les titres qu'ils avaient reçus, réalisant ainsi un bénéfice injustifié, qui leur permettait de se désintéresser complètement par la suite du sort de la société, qu'ils avaient personnellement contribué à fonder. Le but de la loi est clairement indiqué par les travaux préparatoires d'une disposition votée par le Sénat dès l'année 1884 sur le rapport de M. Ronjat, disposition qui fut introduite dans la loi de 1893 par un amendement de M. Poirrier, sénateur. Un des passages de ce rapport s'exprime ainsi : « La vérification par une assemblée n'empêchera pas certaines fraudes de se produire ; elle n'empêchera pas que les apporteurs en nature, qui sont les grands artisans de ces fraudes, n'induisent en erreur les souscripteurs sérieux, ceux qui apportent leurs capitaux et versent réellement en espèces. En conséquence, la commission a pensé qu'une dernière précaution était à prendre : c'était de lier pendant un certain temps, un délai de deux ans, les apports en nature et de leur dire : malgré la vérification faite par l'assemblée, nous n'avons pas en vous une pleine confiance, et nous exigeons que vos actions restent, non pas précisément indisponibles, mais non négociables pendant ces deux ans, par-

« ce que pendant ce temps-là, si vous n'avez pas fait un apport
« sérieux, si ce que vous avez apporté ne vaut rien, si vous
« avez trompé les actionnaires qui versent des espèces, la fraude sera découverte et alors vous serez soumis à une responsabilité effective ; de plus, vous ne pourrez profiter vous-même de la fraude que vous aurez organisée ». L'efficacité de cette mesure fut vivement discutée, notamment dans le rapport de M. Thévenet, Sénateur, et dans le discours de M. Falcimaigne, commissaire du Gouvernement. On fit remarquer que cette prohibition de la négociation des actions d'apport pendant un délai de deux ans entravait même les transactions honnêtes et que d'autre part, cette innovation conçue dans un désir de protection des souscripteurs d'actions de numéraire pouvait avoir des résultats absolument contraires aux intérêts de ces souscripteurs ; qu'en effet, l'afflux soudain sur le marché après l'expiration du délai de deux ans de toutes les actions d'apport, alors devenues négociables, ne manquerait pas de peser défavorablement sur les cours et d'entraîner des pertes sérieuses pour les possesseurs d'actions de numéraire. Ces raisons, qui ne nous paraissent pas très convaincantes, puisque l'intérêt même des apporteurs en nature leur défend de précipiter sur le marché de trop grandes quantités de titres, ne furent d'ailleurs pas retenues par le Sénat qui vota l'amendement de M. Poirrier.

190. — a) Les motifs de cette disposition législative étant maintenant connus, examinons comment il y a lieu de l'appliquer.

Une observation préliminaire nous paraît tout d'abord nécessaire, relative à la forme que doivent revêtir les actions d'apport au cas de création matérielle. La loi ne formule aucune règle précise à ce sujet, se bornant à indiquer dans le premier alinéa de l'article 3 que « les actions sont nominatives

jusqu'à leur entière libération ». Or, nous avons vu que les actions d'apport étaient nécessairement intégralement libérées lors de la constitution de la société et l'on doit en déduire, dans le silence de la loi, que les actions d'apport pourront indifféremment être créées sous la forme nominative ou sous la forme au porteur. (Paris, 30 janvier 1882, S. 83.2. 241 et note de M. Lyon-Caen). Le fait que, pendant la période de non négociabilité, ces titres doivent être frappés d'un timbre indiquant leur nature et la date de la constitution définitive de la société n'implique pas, en effet, qu'ils doivent nécessairement revêtir la forme nominative ; ces deux mentions peuvent aussi bien être apposées sur un titre au porteur et le but de la loi, informer un acquéreur éventuel de la nature véritable des titres qui lui sont remis, n'en est pas moins atteint. Mais d'autre part l'obligation d'apposer un timbre sur les titres d'actions d'apport n'entraîne pas pour la société la nécessité de procéder à la création de ces titres ; la loi n'a statué que pour le cas où les titres seraient créés, sans toutefois astreindre les sociétés à cette création (1).

Nous n'apercevons pas, d'ailleurs, l'utilité de cette création, dont la seule conséquence sera pour la société une dépense parfois importante, qu'elle peut éviter. En effet, l'article 25 de la loi du 5 juin 1850 précise que seuls sont passibles du timbre proportionnel fixé par les articles précédents les effets et obligations négociables ; les actions d'apport ne rentrant pas dans cette catégorie seront alors soumises au timbre de dimension ; c'est ainsi qu'une société, ayant émis 1.000 actions d'apport de 100 francs chacune et les ayant créées devra, dans le cas le plus favorable, c'est-à-dire si les titres, abstraction faite de la souche

(1) Voir cependant en sens contraire un arrêt de la Cour d'Alger du 12 février 1914 qui a jugé que les actions d'apport devaient être matériellement créées et que les titres revêtues d'un timbre indiquant leur non-négociabilité devaient rester attachés à la souche pendant deux ans, le tout à peine de nullité de la société.

et de la feuille de coupons, ne dépassent pas les dimensions du format de demi-feuille à 3.60, acquitter sans aucune utilité un impôt de 3.600 francs.

191. — En tous cas, si les titres d'actions d'apport sont matériellement créés sous une forme quelconque, la loi exige non seulement qu'ils soient frappés d'un timbre indiquant leur nature et la date de constitution de la société, mais de plus elle défend que, pendant la période de non-négoçiabilité de deux ans, ils soient remis à ceux auxquels ils ont été attribués par les statuts ; pendant ce délai les titres restent attachés à la souche et demeurent entre les mains de la société.

Le législateur a pensé avec raison que la prohibition de la négociation des actions d'apport serait vraisemblablement souvent enfreinte, si les intéressés avaient la disposition matérielle de leurs titres et le dépôt forcé de ces titres dans les caisses de la société pendant le délai prévu lui a paru l'unique moyen d'atteindre le but qu'il s'était proposé. Ce délai de deux ans est à compter du jour de la constitution définitive de la société, c'est-à-dire de la date de la nomination du conseil de surveillance, s'il s'agit d'une société en commandite, et de la date de l'acceptation de leurs fonctions par les premiers administrateurs et commissaires aux comptes si la société est constituée sous la forme anonyme.

Lorsque après l'expiration de ce délai de deux ans, les titres de leurs actions d'apport sont alors créés et remis aux apporteurs, doivent-ils être encore revêtus des mentions indiquant leur nature et la date de la constitution de la société ? Bien qu'un auteur ait soutenu l'affirmative (1), considérant que les tiers doivent être prévenus de l'origine et de la nature des titres, nous ne pensons pas que cette solution soit conforme à

(1) H. Gênevois. Le nouveau régime des sociétés, in-8°, 2^{me} édit., 1896, n° 24.

la loi. Elle paraît tout d'abord contraire au texte même de l'article 3 qui, après avoir prescrit que les actions d'apport ne seront pas négociables pendant deux ans, ajoute : « Pendant ce temps, elles devront être frappées... » ; la loi n'exige donc l'apposition du timbre que pendant la période de non-négo-ciabilité. D'autre part, en quoi les tiers ont-ils intérêt à ce moment à être informés de l'origine des titres ; le délai de deux ans est expiré et même dans le cas où l'on reconnaîtrait, à tort selon nous, un droit de gage ou de rétention à la société sur les actions d'apport déposées dans sa caisse, ce droit aurait cessé puisque la société n'est pas en possession des titres ; les actions d'apport sont donc alors en tous points semblables aux actions émises contre espèces et nous estimons que les titres qui les représentent n'ont pas à indiquer leur origine.

192. — L'inobservation des dispositions de l'article 3 exigeant que les titres d'actions d'apport demeurent attachés à la souche et soient frappés d'un timbre entraîne-t-elle une sanction ? Si ces titres n'ont fait l'objet d'aucune négociation, l'article 14 de la loi de 1867, qui ne vise que les négociations d'actions, dont la valeur ou la forme seraient contraires aux prescriptions de la loi, ne nous semble pas pouvoir s'appliquer, les pénalités étant de droit étroit ; il en est de même des peines édictées par l'article 13 contre l'émission d'actions de sociétés irrégulièrement constituées. Aucune sanction ne paraît donc avoir été prévue si cette inobservation n'a pas été suivie de négociations prohibées. C'est d'ailleurs ce qu'a décidé la Cour de Cassation par un arrêt du 17 octobre 1924 (Gaz. Soc., 1924.387) aux termes duquel, si la loi exige que pendant les deux années qui suivent la constitution définitive de la société, les actions d'apport soient frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date de cette constitution, cette formalité, bien qu'elle soit destinée à prévenir la négociation de ces actions, n'est pas pres-

erite sous la sanction des dispositions pénales qui s'appliquent à la négociation elle-même (1). Il y a cependant lieu de remarquer qu'au cas où les statuts de la société stipuleraient que les titres d'actions d'apport ne demeureront pas attachés à la souche et ne seront pas frappés d'un timbre mentionnant les indications exigées par la loi, cette société devrait alors être déclarée nulle, parce que constituée en violation des prescriptions des lois de 1867 et 1893 (2).

193. — b) Mais l'obligation de conserver à la souche et de frapper d'un timbre les titres d'actions d'apport matériellement créés n'est que l'accessoire de cette mesure principale d'exception, laquelle consiste dans la prohibition de négocier ces titres pendant un délai de deux ans, à dater de la constitution définitive de la société. Nous avons indiqué plus haut les motifs qui ont déterminé le législateur à adopter ces dispositions et nous avons vu que son intention était, non pas de conférer à la société un gage sur les actions demeurant entre ses mains, mais bien uniquement d'obéir aux inconvénients de la spéculation et de l'agiotage, dont ces titres étaient souvent l'objet aussitôt après la constitution de la société, comme aussi de lier pendant un certain temps les apporteurs au sort de la nouvelle entreprise.

Nous n'y reviendrons pas et nous allons de suite examiner la portée de cette prohibition.

194. — α) Il y a tout d'abord lieu de préciser les actions, qui tombent sous le coup de cette prohibition. La loi ayant parlé d'une manière générale des « actions représentant des apports », nous estimons qu'aucune distinction ne peut être faite et que

(1) Voir aussi Toulouse, 16 janvier 1924, *Rev. Droit Bancaire* 1924-418.

(2) Wahl, note sous Alger, 16 février 1914, (*J. S.* 1914-227) ; Hémar, *op. cit.*, p. 321, note 1.

toutes les actions qui, lors de la constitution de la société ou de la réalisation d'une augmentation de capital, n'ont pas exclusivement pour origine une souscription en numéraire ne pourraient être dans le délai prévu valablement négociées. Ce régime devra donc s'appliquer aux actions mixtes correspondant à des apports tant en nature qu'en espèces, de même qu'aux actions d'apport, qui à elles seules constitueraient l'intégralité du capital d'une société formée uniquement au moyen d'apports en nature. Mais que déclarer dans le cas où, avant l'expiration du délai de deux ans, une société procéderait à l'aide de bénéfices réalisés à l'amortissement de son capital et émettrait en remplacement des actions d'apport, dont la valeur nominale aurait été remboursée aux apporteurs, des actions de jouissance ? Aucune disposition de la loi, à notre avis, ne s'opposerait à ce que chaque apporteur reçût le montant de ce remboursement. Mais ces actions de jouissance seraient-elles négociables avant que deux ans se fussent écoulés depuis la formation de la société ? Un auteur a soutenu que dans cette hypothèse les actions de jouissance ne représentant plus aucune fraction du capital social seraient négociables même avant l'expiration du délai de deux ans (1). On pourrait aussi, pour justifier cette solution, faire remarquer que le législateur a voulu surtout, en prohibant la négociation, lier pendant un certain temps les apporteurs et les empêcher de réaliser immédiatement des bénéfices que ne justifierait pas la valeur réelle de leurs apports, mais que l'opération de l'amortissement, à laquelle il vient d'être procédé, prouve amplement que l'évaluation des apports n'a pas été exagérée et que, le danger auquel a voulu remédier le législateur n'existant plus, les mesures exceptionnelles ordonnées par lui n'ont plus à être observées. Ces arguments ne nous paraissent toutefois pas suffisants. En effet, avec la majorité des

(1) L. Goirand. *Traité des Sociétés par actions*, 3 v., Paris, 1896, m° 297.

auteurs, nous pensons que le remboursement de la valeur nominale des actions d'apport et leur remplacement par des actions de jouissance ne réalise pas une réduction de capital (1) ; la somme versée aux apporteurs est prise sur les bénéfices réalisés et les divers éléments de ce capital, gage des créanciers sociaux, demeurent inchangés entre les mains de la société ; les droits des porteurs d'actions de jouissance sont simplement modifiés en ce sens que lors du partage de l'actif social, à la dissolution de la société, leur part sera diminuée du montant de la somme qu'ils ont déjà reçue. D'autre part, la loi est formelle quant au délai pendant lequel les actions d'apport ne sont pas négociables et son texte ne permet pas de faire varier ce délai selon la prospérité plus ou moins rapide de l'entreprise sociale. De nouvelles actions, auxquelles correspondent des droits différents, ont simplement été substituées aux actions d'apport originaires et, comme celles qu'elles remplacent, elles doivent être soumises aux mêmes dispositions.

195. — Aux termes de l'article 3 de la loi de 1867 les actions d'apport ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société. Les dispositions exceptionnelles devant s'interpréter restrictivement, il y a lieu de décider que seules les négociations d'actions d'apport, c'est-à-dire les transmissions de propriété s'opérant par les modes commerciaux, sont prohibées pendant ce délai : c'est ainsi que ces actions ne pourront être admises à la formalité du transfert, si elles sont créées sous la forme nominative, ni être cédées par voie d'endossement, si elles ont revêtu la forme de titres à ordre, ni enfin être transmises par simple tradition si elles sont représentées par des titres au porteur. Mais là se borne la portée

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 560 ; Pic, *op. cit.*, n° 805 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 320.

de l'interdiction édictée par le législateur et, comme nous l'indiquerons plus loin, les autres actes juridiques, dont ces titres peuvent faire l'objet, seront licitement accomplis même avant que la société ait atteint deux années d'existence.

196. — 3) Mais quelles seraient les conséquences d'une négociation opérée au mépris de l'interdiction de la loi ? En ce qui concerne sa validité, on a parfois soutenu que cette négociation serait valable, si les titres remis à l'acquéreur, ne portaient pas les mentions exigées par l'article 3, les tiers, que rien n'a informés de la nature particulière des titres cédés, n'ayant commis aucune faute, mais que dans le cas contraire, les tiers s'étant rendus coupables d'une infraction à la loi, il y avait alors lieu de prononcer la nullité de l'opération. Nous ne pensons pas que cette distinction puisse être admise et nous croyons plus conforme, sinon au texte de la loi, tout au moins aux intentions du législateur, de considérer avec un grand nombre d'auteurs (1) ces négociations comme frappées d'une nullité d'ordre public et absolument dénuées d'effets. Nous reconnaissons que la loi n'en prononce pas expressément la nullité ; mais si d'autre part, l'on remarque que les sanctions pénales édictées par l'article 14 à l'occasion des négociations d'actions, dont la forme ou la valeur seraient contraires aux prescriptions des articles 1, 2 et 3 ne peuvent non plus être appliquées dans le cas qui nous occupe (puisque'il s'agit par hypothèse d'actions régulièrement émises, mais dont la négociation seule est prohibée pendant un certain délai), il faut alors admettre que les contraventions aux dispositions de l'article 3 ne comportent aucune sanction et que les négociations réalisées au mépris de ses prescriptions formelles, non seulement n'exposent pas leurs auteurs à des poursuites pénales, mais encore produisent tous leurs ef-

(1) Arthuys, *op. cit.*, n° 490 ; Pic, *op. cit.*, n° 794 ; Houpin et Bosc-vieux, *op. cit.*, n° 391.

fets. C'est alors réduire à néant l'effet des mesures prises par le législateur de 1893 et nous ne pouvons que repousser une conclusion manifestement contraire aux intentions si clairement exprimées par les travaux préparatoires.

En plus de la nullité dont seraient frappées les négociations irrégulières d'actions d'apport, et bien que pour les motifs exposés ci-dessus les peines prononcées par l'article 14 ne soient pas dans ce cas applicables, nous pensons que les administrateurs qui auraient laissé effectuer de telles opérations, notamment en permettant que celles-ci fussent inscrites sur le registre des transferts, seraient responsables civilement vis-à-vis des acquéreurs du préjudice que leur causerait la nullité de la transaction ; cette action en responsabilité contre les administrateurs serait une conséquence, non pas d'une disposition de la loi de 1867, mais du principe posé par les articles 1382 et 1383 du Code Civil.

En tous cas, les infractions aux prescriptions de la loi touchant la négociation des actions d'apport avant l'expiration d'un délai de deux ans à dater de leur création est sans aucune influence sur l'existence de la société, si celle-ci a été régulièrement constituée. Mais si les statuts autorisaient cette négociation, la société serait nulle, même en l'absence de négociations réellement effectuées, comme constituée en contravention aux règles établies par l'article 3.

197. — c) Les restrictions apportées par cet article à la libre transmission des actions d'apport avaient été vivement combattues. Or certains cas particuliers ne présentaient pas les dangers qu'avait voulu éviter le législateur de 1893, notamment dans l'hypothèse où plusieurs sociétés ayant plus de deux ans d'existence se trouvaient amenées par les circonstances économiques à opérer entre elles une fusion pour étendre leur champ

d'action en coordonnant leurs efforts, tout en réalisant une économie sensible sur l'ensemble des frais généraux de chacune des entreprises. La libre circulation des actions de sociétés ayant déjà fourni leurs preuves et donné des résultats offrait peu de danger pour l'épargne publique, qui disposait des éléments nécessaires pour les apprécier à leur valeur exacte et le maintien de la prohibition à l'égard des titres attribués à une société fusionnante vieille de plus de deux ans n'aurait guère présenté que des inconvénients. C'est ce qu'exprimait le rapport de M. Chastenet à la Chambre des députés au cours de la séance du 19 décembre 1901 (J. O. p. 576) : « Lorsque les titres de l'une et
« de l'autre des deux sociétés que l'on veut fusionner, ont éga-
« lement subi les épreuves légales et qu'ils se négocient iso-
« lément, le fait qu'ils se juxtaposent et qu'ils s'unifient ne
« suffit pas à justifier une nouvelle immobilisation. Un tel ré-
« sultat, qui heurte un peu la raison et l'équité, va en outre
« à l'encontre des fusions de sociétés, opérations si profitables
« par les économies qu'elles procurent et la force que donne
« une action bien comprise ». Ces considérations entraînèrent le vote de la loi du 9 juillet 1902, modifiée peu de temps après par la loi du 16 novembre 1903, dont l'article 2 incorporé au 3^e alinéa de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 est ainsi conçu :
« En cas de fusion de sociétés par voie d'absorption ou de créa-
« tion d'une société nouvelle englobant une ou plusieurs socié-
« tés préexistantes, l'interdiction de détacher les actions de la
« souche et de les négocier ne s'applique pas aux actions d'ap-
« port attribuées à une société par actions ayant, lors de la
« fusion, plus de deux ans d'existence ».

Deux conditions doivent donc être réunies pour que ces dispositions puissent être appliquées. Il faut tout d'abord qu'il y ait fusion entre deux ou plusieurs sociétés et il est ensuite nécessaire que les actions d'apport soient attribuées à une société comptant au jour de la fusion plus de deux années d'existence.

198. — α) Nous rappelons que l'on entend par fusion l'opération qui consiste dans l'absorption d'une ou plusieurs sociétés par une autre société soit préexistante, soit qui se crée à cette occasion pour recueillir l'apport des sociétés absorbées. L'exception établie par la loi de 1903 ne pourrait donc s'appliquer au cas où une société ferait apport à une autre société de la majeure partie de son actif, mais ne serait pas dissoute et continuerait à exploiter l'autre partie pour son compte. On ne saurait, en effet, voir là une fusion, puisque les deux sociétés possèdent encore après l'opération une existence distincte et les actions d'apport attribuées à la société apporteuse ne deviendraient négociables qu'après un délai de deux ans. Il en serait autrement si la société même n'apportant qu'une partie de son actif était alors dissoute et mise en liquidation, la partie de l'actif non comprise dans l'apport étant destinée soit à désintéresser les créanciers, soit à être partagée entre les actionnaires.

199. — La deuxième condition posée par la loi consiste dans les nécessités pour la ou les sociétés absorbées d'avoir été définitivement constituées plus de deux ans avant la réalisation de la fusion. Par contre la durée antérieure de la société absorbante n'est d'aucune influence sur l'application de la loi, le législateur ayant expressément étendu le bénéfice de ses dispositions, au cas où la fusion s'opère même par voie de création d'une personne morale nouvelle. De plus, il n'est pas non plus nécessaire que toutes les sociétés absorbées aient chacune deux années d'existence : celles dont la constitution remontera à plus de deux ans pourront immédiatement négocier les actions qui leur seront attribuées, alors que les autres verront frapper d'immobilisation, conformément au droit commun, les actions représentant le prix de leur apport. Mais à quel moment les actions attribuées aux sociétés de cette seconde catégorie devien-

dront-elles négociables ? On a soutenu (1) que dans ce cas les actions remises à l'occasion de la fusion sont négociables dès que deux ans se sont écoulés depuis la date de la constitution de la société à laquelle elles sont attribuées. Cette opinion ne nous paraît pas conforme au texte de la loi de 1903 ; en effet, ce texte n'apporte une dérogation au principe établi par la loi de 1893 qu'en faveur des sociétés « ayant lors de la fusion, plus » de deux ans d'existence » ; si cette condition n'est pas remplie, le principe reprend toute sa vigueur et les actions attribuées à une société, dont la création remonte à moins de deux ans, ne sont plus que des actions d'apport émises par une société, soit au moment de sa constitution (cas de fusion par création de société nouvelle), soit à l'occasion d'une augmentation de capital (cas de fusion par voie d'absorption) ; il en résulte que dans l'un et l'autre cas ces actions d'apport doivent demeurer attachées à la souche et non négociables pendant deux ans à dater de leur émission, c'est-à-dire du jour de la fusion (2). Si donc une société dite A, ayant moins de deux ans d'existence et ayant à sa constitution rémunéré des apports en nature, absorbe par fusion deux sociétés dites B et C ayant aussi toutes deux émis lors de leur création des actions d'apport, mais B ayant plus de deux ans et C moins de deux ans d'existence, l'application combinée des règles des lois de 1893 et de 1903 donnera les résultats suivants : la fusion n'aura aucune influence sur les actions d'apport émises par A lors de sa constitution, lesquelles demeureront non-négociables jusqu'à l'expiration du délai de deux ans à dater de cette constitution ; les actions d'apport émises par B au moment de sa création sont par hypothèse déjà négociables et les actions qui lui sont attribuées par A peuvent être négociées immédiatement ; enfin, en ce qui

(1) Léon Lacour. Précis de droit commercial, 1912, n° 660.

(2) Dans le même sens, Pic, op.cit., n° 795 ; Hémar, op. cit., p. 322.
note 1.

concerne C, les actions d'apport qu'elle a elle-même émises à sa constitution ne seront négociables que deux ans après la date de leur émission et les actions qu'elle reçoit de A ne le deviendront qu'après que deux ans se seront écoulés depuis le jour de la réalisation définitive de la fusion.

Mais que décider dans le cas où les actions d'apport sont attribuées à une société comptant plus de deux ans d'existence mais qui a procédé depuis moins de deux ans à une augmentation de capital, laquelle comportait des apports en nature. Les actions émises en représentation de ces apports ne sont pas encore négociables et elles ne doivent le devenir, aux termes de la loi de 1893, que deux ans après la réalisation définitive de l'augmentation de capital. Mais la constitution de cette société remonte à plus de deux ans et en vertu de la loi de 1903 les actions qu'elle reçoit à l'occasion d'une fusion, au cours de laquelle elle est absorbée, sont immédiatement négociables. Devra-t-on établir une distinction parmi les actions d'apport attribuées lors de la fusion entre celles représentant les biens en nature que la société possède depuis sa constitution et qui seraient de suite négociables, parce qu'elles seraient subrogées à des actions ayant déjà satisfait à l'immobilisation prescrite par la loi, et celles représentant les biens que la société n'a acquis qu'à la faveur de l'augmentation de capital et qui ne joueraient pas de la négociation immédiate, parce que subrogées à des actions pour lesquelles le temps d'épreuve imposé par la loi n'est pas encore expiré ? Nous ne le pensons pas. Les termes de la loi de 1903 sont formels ; ils n'admettent aucune distinction de ce genre et exigent seulement, pour l'application de l'exception qu'ils prévoient, qu'il y ait fusion et que la société absorbée recevant des actions d'apport ait plus de deux ans d'existence. D'ailleurs la ventilation à faire parmi les actions que recevrait la société serait la plupart du temps très difficile, pour ne pas dire impossible. Aussi estimons-nous que dans l'hypothèse envisagée les actions

attribuées à la société absorbée deviendront toutes négociables dès la réalisation de la fusion (1). Nous considérons toutefois qu'il y a là de la part du législateur une omission regrettable, de nature à favoriser certaines fraudes. Quoi de plus facile, en effet, pour une société, après une augmentation de capital au cours de laquelle les apports en nature effectués auront été considérablement majorés, de se faire absorber par une autre société constituée uniquement dans ce but à un capital insignifiant ? Les actions d'apport émises lors de l'augmentation de capital ne seront restées non-négociables que pendant un temps fort court et les précautions prises par le législateur seront devenues inopérantes. Seule la preuve, que les intéressés auront agi avec l'intention frauduleuse de faire échec à la loi, pourra déjouer cette combinaison, mais cette preuve ne sera pas toujours facile à administrer. Il est permis de déplorer cette lacune de la loi, dont cependant les termes formels et précis ne nous paraissent pas autoriser juridiquement une autre solution que celle ci-dessus donnée à la question posée.

200. — β) La loi de 1903 n'a envisagé que l'hypothèse de la fusion et, en raison de leur caractère exceptionnel, ces dispositions ne semblent pas pouvoir être étendues à des cas autres que ceux qu'elles visent expressément et notamment à l'hypothèse d'une transformation de société. La prohibition de la libre négociation des actions d'apport reprend alors toute sa vigueur et doit être appliquée selon les distinctions suivantes. La transformation donne naissance à une société nouvelle : l'actif de l'ancienne société est alors apporté à la nouvelle et les actions émises en représentation de cet apport doivent demeurer deux ans à la souche sans pouvoir être négociées, alors même que l'ancienne société compterait plus de deux ans d'existence au

(1) Dans le même sens Wahl, (J. S. 1911-481) ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 382.

jour de la transformation. On ne saurait, en effet, parler de fusion puisqu'il n'existe toujours qu'une société. Si par contre la transformation s'opère sans qu'il en résulte la création d'un être moral nouveau, en vertu d'une disposition formelle soit des statuts, soit de la loi, la solution est différente : il n'y a pas, en effet, apport de l'actif d'une société à une autre société, puisque c'est la même qui continue d'exister entre les mêmes associés mais sous une autre forme ; il n'y a donc pas lieu à émission d'actions d'apport et les titres créés par la société transformée en représentation de son capital n'étant pas des actions d'apport pourront de suite être librement négociés. Comme toujours le cas de fraude doit être réservé et s'il était prouvé que la société de personnes n'a été primitivement constituée qu'en vue de se transformer à très bref délai en société de capitaux et échapper ainsi aux prescriptions de l'article 3 de la loi de 1867, cette transformation devrait être annulée.

201. — C) Telles sont les restrictions apportées par le législateur à la libre négociation des actions d'apport pendant les deux années qui suivent la constitution de la société. Mais les actions d'apport ne sont pas pour autant frappées pendant ce délai d'inaliénabilité ; la loi n'a prohibé que les modes de transmission du droit commercial, transfert pour les titres nominatifs, endossement pour les titres à ordre, tradition pour les titres au porteur. Cela résulte non seulement du terme « négocier » employé par la loi, mais aussi des intentions nettement exprimées par l'auteur de l'amendement, M. Poirrier, qui écrivait en 1902 (1) : « J'ai admis la transmissibilité par « les voies civiles avec toutes ses conséquences ». Aussi est-il admis par la doctrine et la jurisprudence que, dès avant l'expiration du délai de deux ans, les actions d'apport peuvent

(1) Barbier, *Rev. crit. des Sociétés et de Droit Commercial*, 1902, n° 2

faire l'objet d'une transmission réalisée conformément aux prescriptions de l'article 1690 du Code Civil : la cession sera réalisée entre les parties par acte authentique ou sous-seings privés enregistré et deviendra définitive à l'égard des tiers et de la société soit par la signification de l'acte de cession à la société, soit par l'acceptation de celle-ci dans un acte authentique. Toutefois, les restrictions imposées par la loi s'opposeraient à ce que les titres d'actions d'apport fussent remis au cessionnaire, s'ils avaient été créés sous la forme au porteur, ou fissent l'objet d'un transfert régulier sur les registres de la société s'il leur avait été donné la forme nominative. Un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 19 mai 1900 (R. S. 1901-239) a cependant jugé que les formalités de l'article 1690 pouvaient être supplées pour saisir valablement les tiers de la cession opérée, par un transfert effectué par la société après constatation régulière des droits du cessionnaire. Cette décision nous paraît critiquable puisqu'elle admet un des modes de transmission qu'a expressément condamnés la loi.

202. — Mais les cessionnaires d'actions d'apport se trouvent-ils, par le seul effet de la cession devenue opposable aux tiers, subrogés complètement dans les droits des apporteurs vis-à-vis de la société ? On ne leur a jamais contesté le droit de recevoir les intérêts et dividendes produits par les actions cédées mais quelques auteurs et des décisions de jurisprudence isolées, (V. Trib. Comm. Seine, 16 octobre 1901, Gaz. Pal. 1901.2.548) ont prétendu leur refuser le droit d'assister aux assemblées générales aux lieu et place des apporteurs. A l'appui de cette thèse on indiquait qu'en interdisant pendant un délai de deux ans la négociation des actions d'apport, le législateur avait entendu que malgré la cession civile l'apporteur demeurât seul, aux yeux de la société, propriétaire des actions et qu'en conséquence lui seul avait le droit d'assister à l'assemblée ; qu'en

effet, aux termes des articles 35 et 36 du Code de Commerce, les actions ne se transmettent que par la voie de la tradition et du transfert et que ces deux modes étant précisément prohibés par la loi, en ce qui concerne les actions d'apport, le cessionnaire par voie civile ne devenait pas propriétaire des actions. Cette théorie qui résulte d'une interprétation trop étroite des textes, nous paraît devoir être repoussée. En effet, les travaux préparatoires n'ont jamais manifesté l'intention du législateur de frapper d'inaliénabilité pendant deux ans les actions d'apport ; or, c'est à ce résultat que l'on aboutirait dans ce système (1). D'autre part, quel serait l'effet juridique de la cession civile ? Si elle ne transmet pas la propriété elle n'en produira aucun, car il n'appartient à personne de modifier arbitrairement les effets essentiels d'un acte juridique déterminé. Enfin si la cession ne doit produire ses effets qu'à l'expiration du délai de deux ans, ne peut-on penser avec un arrêt de la Cour de Paris du 12 avril 1902 (J. S. 1902.261) « qu'une telle doctrine « produirait des résultats illusoire en refusant au seul véritable intéressé l'accès de l'assemblée générale, au sein de laquelle le peuvent se débattre les questions vitales de la société, pour « n'en ouvrir les portes qu'à l'apporteur originaire le plus souvent indifférent à la bonne marche des affaires et transformé parfois en adversaire résolu ». Aussi préférons-nous suivre l'opinion contraire adoptée par la majorité de la doctrine. D'ailleurs un arrêt de la Cour de Cassation du 4 juillet 1911 (S. 1913. 1-5), rendu contrairement aux conclusions de l'avocat général, a reconnu aux cessionnaires d'actions d'apport le droit d'assister aux assemblées générales et paraît avoir mis fin à la controverse.

203. — Sous la réserve indiquée précédemment, à savoir

(1) M. Poirrier, loc. cit., 1902, n° 2, déclare « n'avoir jamais entendu « restreindre le droit de propriété de celui à qui l'action a été transférée ».

que les actions qu'il a acquises par cession civile ne pourront pas lui être remises ou transférées régulièrement à son nom avant l'expiration du délai de deux ans prévu par la loi, nous considérons donc le cessionnaire d'actions d'apport comme subrogé dans les droits de l'apporteur. Certains auteurs toutefois apportent une nouvelle restriction à l'exercice de ces droits, en ce qui concerne le dépôt dans la caisse sociale des actions affectées à la garantie des actes de gestion des administrateurs (1). Il n'est pas contesté que l'apporteur puisse utiliser pour constituer cette garantie les actions d'apport qui lui ont été attribuées ; ainsi que nous le verrons, la loi de 1893 n'a créé au profit de la société aucun droit de gage sur les actions qui demeurent à la souche pendant deux ans et leur propriétaire peut donc, à concurrence du nombre exigé par les statuts, les affecter à la garantie des actes qu'il accomplit comme administrateur. Mais les auteurs précités pensent que ce droit doit être refusé au cessionnaire par voie civile d'actions d'apport pendant la période biennale. Les divers arguments invoqués à l'appui de cette thèse se trouvent d'ailleurs énoncés dans les motifs d'un jugement du Tribunal de commerce de Lille du 3 décembre 1923 (Rec. Jur. Soc., 1924-274) lequel, après avoir déclaré notamment « que la loi exige que l'administrateur soit « propriétaire des actions affectées à la garantie de sa gestion « et qu'à l'égard de la société la propriété des actions ne « s'acquiert que par le transfert sur les registres de la société... « qu'il peut y avoir cession d'un droit relatif auxdites actions, « mais non cession de la propriété de ces actions ;... qu'en outre la loi exige que les actions soient nominatives et par conséquent immatriculées au nom de l'administrateur ; que cette « immatriculation ne peut se faire que par un transfert c'est-

(1) Lyon-Caen et Renault, op. cit., n° 815 c. ; Arthuys, op. cit., n° 541 ; Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 845.

« à-dire par une négociation en la forme commerciale et non « par une cession civile... » décide que l'acquisition d'actions d'apport par voie de cession civile pendant les deux années qui suivent la constitution de la société ne permet pas à l'acquéreur, qui ne possède pas par ailleurs le nombre de titres exigé par les statuts, de devenir administrateur de la société.

Il nous paraît difficile d'admettre, ainsi que nous l'avons déjà indiqué dans l'alinéa précédent, que la cession civile ne réalise pas un transfert de propriété au profit du cessionnaire, mais en admettant même que cet effet lui soit unanimement reconnu, nous pensons que les conséquences tirées par les partisans de cette doctrine et le jugement du tribunal de Commerce de Lille du texte du dernier alinéa de l'article 26 de la loi de 1867 proviennent d'une interprétation trop littérale. Si, en effet, par cette rédaction la loi avait entendu qu'il fût obligatoirement donné aux titres déposés la forme nominative, il en résulterait inévitablement cette conséquence pour le moins surprenante, à savoir l'obligation pour les sociétés de créer matériellement les titres de leurs actions et l'impossibilité absolue pour les sociétés qui n'auraient pas procédé à cette formalité de satisfaire aux prescriptions de l'article 26. A notre avis, le législateur a simplement voulu ordonner que le nom du propriétaire des actions déposées fût indiqué d'une manière précise et incontestable. Tout procédé révélant sans doute possible le nom du propriétaire des actions déposées doit donc, selon nous, être réputé suffisant et nous pensons avec un arrêt de la Cour de Lyon du 27 novembre 1912 (J. S. 1913-261) que le dépôt en garantie d'actions d'apport acquises par cession civile pendant la période de non-négociabilité répond au vœu de la loi, dès lors que l'acte de cession, signifié à la société et portant les numéros des actions cédées, a été déposé dans la caisse de la société et frappé d'un timbre constatant l'inaliénabilité de ces actions

ou d'un certain nombre d'entre elles avec l'indication* de leurs numéros (1).

204. — D.) Les travaux préparatoires nous ont indiqué que le seul but de la loi de 1893 était de lier pendant une période de deux ans les apporteurs au sort de la société et de remédier ainsi aux inconvénients résultant de l'agiotage et de la spéculation, dont les actions d'apport étaient fréquemment l'objet aussitôt après la constitution de la société, mais qu'à aucun moment le législateur n'avait entendu pendant cette période frapper ces actions d'inaliénabilité. De même rien ne pourrait autoriser à voir, dans l'obligation de maintenir pendant le même délai les actions d'apport attachées à la souche, la constitution au profit de la société sur lesdites actions, ou d'un droit de gage à l'effet de la garantir contre les dommages que peuvent lui causer, soit la majoration des apports, soit l'éviction des biens apportés, ou d'un droit de rétention lorsqu'elle est victime d'une éviction ou menacée d'une éviction imminente (Trib. Comm. Seine, 15 juillet 1899. *J. Trib. Com.* 1901.122). De ce que les actions d'apport sont aliénables et qu'elles ne sont pas affectées à la garantie des créances éventuelles que la société pourrait acquérir contre les apporteurs, il résulte :

1° — que les actions d'apport attachées à la souche pourront valablement être données en gage par leur propriétaire à un de ses créanciers. En effet, l'article 2076 du Code Civil permet que le gage, qui n'est pas mis en la possession du créancier soit confié à un tiers convenu entre les parties ; en l'occurrence la société jouera obligatoirement le rôle de ce tiers. Toutefois la non-négociabilité des actions d'apport s'opposera à la constitution du gage dans les formes commerciales, par exem-

(1) Voir dans le même sens, Trib. Comm., Lille, 11 octobre 1898. (*J. S.* 1899.271) ; Poitiers, 6 novembre 1899, (*J. S.*, 1900.215) ; Pic, op. cit., n° 1108 ; Wahl, note S. 1915.2.1.

ple au moyen d'un transfert à titre de garantie, si les titres sont créés sous la forme nominative, et l'on devra alors avoir recours aux formalités énoncées en l'article 2075 du Code Civil. De même, s'il y a lieu ultérieurement à réalisation du gage avant que les actions soient devenues négociables, il ne pourra être procédé à cette réalisation suivant les formes simplifiées de l'article 93 du Code de Commerce ; on devra, en effet, satisfaire à toutes les prescriptions exigées par l'article 2078 du Code Civil, c'est-à-dire autorisation de justice et vente aux enchères par le ministère d'un notaire.

2° — Que pendant la durée de la période biennale prévue par la loi de 1893 les actions d'apport pourront faire l'objet d'une saisie-arrêt pratiquée par les créanciers de l'apporteur entre les mains de la société. En effet, ces actions font partie du patrimoine de l'apporteur et sont grevées du droit de gage général établi au profit de ses créanciers par l'article 2092 du Code Civil. Toutefois, cette saisie-arrêt ne produira ses effets que si auparavant l'apporteur n'a pas régulièrement signifié à la société une cession civile consentie par lui à un tiers et ayant les mêmes actions pour objet. Au cas où par la suite la saisie-arrêt serait validée par le tribunal, l'interdiction de négociation, dont ces actions sont frappées, s'opposerait à ce que l'exécution de la saisie-arrêt eût lieu d'après les formes commerciales et il devrait y être procédé par adjudication devant notaire.

SECTION 2

Des Parts de Fondateur ou Parts Bénéficiaires

205. — La loi du 24 juillet 1867 n'a prévu dans son article 9 modifié par la loi du 1^{er} août 1893 la rémunération des apports

en nature que sous la forme d'actions d'apport attribuées aux apporteurs ; elle n'a en conséquence réglementé que les actions d'apport, laissant en dehors des dispositions qu'elle édicte une catégorie de titres dont l'usage s'est vite généralisé et qui a pris à notre époque une importance considérable. Il s'agit « des parts de fondateur » ou « parts bénéficiaires » utilisées par de nombreuses sociétés, aussi bien pour la rémunération d'apports en nature ou de services rendus à la société, que pour la création d'avantages particuliers au profit de certains associés ou des tiers.

206. — Malgré le silence de la loi la légalité des parts de fondateur n'a jamais été en doctrine ou en jurisprudence sérieusement contestée. Mais l'accord réalisé sur ce point n'existait plus lorsqu'il s'agissait de définir le caractère juridique de la part de fondateur, de délimiter d'une manière précise les droits possédés par les porteurs de parts envers la société, d'apprécier l'autorité des décisions des assemblées générales d'actionnaires à l'égard de ces porteurs, etc... Les conflits entre actionnaires et porteurs de parts devenaient chaque jour plus nombreux et pour les résoudre les tribunaux ne pouvaient s'appuyer que sur les conventions des parties, c'est-à-dire sur les statuts des sociétés rédigés malheureusement trop souvent en termes obscurs ou ambigus.

Dès 1903 le Gouvernement avait déposé sur le Bureau de la Chambre des députés un projet de loi pour réglementer les obligations et les parts de fondateur. Ce projet devenu caduc, puis repris, puis à nouveau frappé de caducité fut repris par M. Chastenet qui le déposa au Sénat sous forme de proposition en 1914. Scindée en deux propositions, l'une concernant les parts de fondateur et l'autre les obligations, par la commission du Sénat, à laquelle elle fut renvoyée, cette proposition de loi vient enfin de donner naissance à la loi du 23 janvier 1929

« sur les parts de fondateur émises par les sociétés ». Entre-temps l'article 16 de la loi du 31 mars 1927 avait incorporé à l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 un alinéa, aux termes desquels devenaient applicables aux parts de fondateur les dispositions relatives à la non-négociabilité des actions d'apport.

207). — A) La loi du 23 janvier 1929 consacre pour les sociétés commerciales par actions le droit que l'usage leur reconnaissait depuis longtemps, de créer, d'attribuer et d'émettre des titres négociables appelés « parts de fondateur » ou « parts bénéficiaires ». Les termes qu'elle emploie à cet effet nous semble de plus résoudre la question de savoir quelles sont les sociétés autorisées à émettre de tels titres négociables : seules, selon nous, les sociétés commerciales par actions, c'est-à-dire les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes, jouissent de cette prérogative, à l'exclusion de toutes les sociétés civiles et des sociétés commerciales par intérêt, y compris les sociétés à responsabilité limitée.

208. — a) L'absence de toute disposition législative définissant le caractère juridique des parts de fondateur à provoqué dès leur apparition dans la vie économique une vive controverse. Par certains auteurs la part de fondateur était assimilée à l'action, en raison de certains points communs qu'elle présente avec l'action dite « de jouissance » qui donne droit à une part des bénéfices sociaux et peut être librement cédée ; dans cette opinion, elle conférerait à son propriétaire un droit d'associé (1). D'autres auteurs ne la considéraient que comme un droit de créance envers la société, estimant que le droit des porteurs de parts ne différerait pas sensiblement de celui d'employés intéressés qui, sans être associés, participent aux bénéfices de l'entreprise : c'est ce système auquel se ralliaient diverses décisions

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 560 bis.

de jurisprudence (1). Enfin une troisième théorie, échappant aux conclusions trop absolues des deux premières, voyait dans la part de fondateur un titre conférant un droit d'associé *sui generis* soumis à des règles particulières (2).

La loi du 23 janvier 1929 vient de mettre fin à cette controverse en déclarant que les parts de fondateurs « ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associé », mais qu'il peut « leur être attribué, à titre de créance éventuelle contre la société, un droit fixe ou proportionnel dans les bénéfices sociaux ». Cette disposition de la loi ne nous paraît cependant pas devoir clore d'une manière définitive la discussion. Elle refuse de façon formelle aux porteurs de parts la qualité d'associé, mais par ailleurs ne leur reconnaît-elle pas implicitement cette qualité : 1° — en subordonnant l'exercice du droit « de créance éventuelle » qu'elle leur concède à l'existence de bénéfices sociaux ; 2° — en leur accordant, sinon une part à la gestion de l'entreprise, au moins un droit de regard dans les affaires de la société et ce en leur permettant de se faire représenter avec voix consultative aux assemblées générales d'actionnaires ; 3° — en exigeant leur consentement pour toutes modifications touchant à l'objet ou à la forme de la société. D'autre part, bien que considérés par la loi comme des créanciers, les porteurs de parts ne jouissent pas de toutes les prérogatives attribuées aux créanciers sociaux ; ils ne peuvent, en effet, exercer leur droit qu'après ces créanciers ; de plus, ils n'ont pas la libre disposition de leur créance, dont la nature et l'importance peuvent être modifiées par suite d'une décision de la

(1) Wahl, *Traité des titres au porteur*, n° 292 ; Arthuys, *op. cit.*, n° 648 ; Thaller, *op. cit.*, n° 639 ; Sic. Lyon, 12 novembre 1900, (S. 1902.2.6) ; Lyon, 14 juin 1911, sous Cass. 20 juin 1917, (S. 1917.1.33).

(2) Percerou, *op. cit.*, p. 183 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 438 ; Pic, *op. cit.*, n° 713 ; Sic. Lyon, 14 mai 1901, sous Cass., 24 mars 1903, (D. 1904.1.481 et note de M. Percerou) ; Seine, 13 mars 1926, (J. S. 1926.436).

majorité d'entre eux délibérant en assemblée générale. Il n'est donc pas inexact de dire que les porteurs de parts ont des droits tenant d'une part à la qualité d'associé, mais moins étendus que ceux des associés ordinaires et d'autre part à la qualité de créancier, mais moins absolus quant à leur nature et à leur mode d'exercice que ceux des créanciers sociaux : ce sont donc à la fois des associés et des créanciers, mais de deuxième zone. En conséquence, et malgré l'expression employée par le législateur, il nous paraît possible de conclure que la loi nouvelle reconnaît aux porteurs de part, ainsi que le soutenaient déjà auparavant certains auteurs et une partie de la jurisprudence, des droits *sui generis* soumis à des règles spéciales, lesquelles ne permettent pas, eu égard aux principes fondamentaux de notre législation, de ranger ces droits d'une manière absolue et exclusive dans une des deux catégories des droits sociaux ou des droits de créance.

209. — b) La loi autorise les sociétés commerciales par actions à « créer, attribuer et émettre » des parts de fondateur. Ces trois termes n'étant pas synonymes et le législateur n'ayant pas indiqué clairement le sens précis qu'il leur donnait, il y a lieu de rechercher tout d'abord la signification exacte de chacun d'eux. Pour pouvoir être « attribuées » ou « émises » les parts de fondateur doivent auparavant avoir été « créées » par une décision de l'assemblée générale des actionnaires délibérant à certaines conditions de quorum et de majorité ; mais il n'y a pas nécessairement simultanéité entre la création et l'attribution ou l'émission. Les parts créées peuvent, en effet, être attribuées immédiatement soit pour rémunérer des apports en nature, soit pour reconnaître certains services rendus à la société, mais elles peuvent aussi après leur création être simplement mises à la disposition de la gérance ou du conseil d'administration, lesquels en feront ultérieurement l'attribution de la manière qui leur paraîtra la plus équitable et la plus con-

forme aux intérêts de la société. De même, ces parts créées peuvent aussi ne jamais faire l'objet d'une attribution à des particuliers ou des personnes morales nommément désignées et demeurer entre les mains de la gérance ou du conseil d'administration; qui, lorsque que l'état prospère des affaires de la société leur semblera justifier cette mesure, les « émettront » contre espèces dans le public ; cette émission aura alors pour effet de procurer de nouveaux capitaux à la société à des conditions bien moins onéreuses qu'une émission d'obligations, puisque d'une part ces nouveaux capitaux n'auront pas à être remboursés aux souscripteurs et que ceux-ci d'autre part n'auront droit à un dividende qu'autant qu'il existera des bénéfices.

210. — Les parts de fondateurs sont en général créées lors de la constitution de la société dans le but d'être attribuées aux fondateurs de celle-ci, en rémunération des services qu'ils ont rendus et qui ont permis de parvenir à la constitution définitive de la société ; elles sont alors réellement des « parts de fondateur ». Mais la loi du 23 janvier 1929 dans son article 1^{er} consacre également l'usage qui s'est répandu de créer de tels titres même au cours de la durée de la société, généralement à l'occasion d'une augmentation de capital, chaque nouveau souscripteur recevant alors un nombre de parts proportionnel au nombre des actions qu'il a souscrites ; il nous paraît alors préférable de réserver pour ces titres créés par la société au cours de sa durée l'appellation de « parts bénéficiaires ».

Sans prétendre énumérer de façon complète toutes les éventualités, dans lesquelles il peut y avoir lieu à création de parts de fondateurs, on peut citer les suivantes comme se présentant le plus fréquemment. Lors de la constitution de la société la création de parts peut avoir comme but : 1^o — la rémunération totale d'un apporteur en nature ; 2^o — la rémunération partielle d'un apporteur en nature, qui a reçu d'autre part soit un prix en espèces, soit une certaine quantité d'actions d'apport ;

3° — la rémunération de services rendus à l'occasion de la constitution de la société par les fondateurs ou certains souscripteurs d'actions de numéraire ; 4° — la rémunération de services rendus par des tiers non actionnaires, généralement un banquier qui a souscrit ferme une quantité importante d'actions de numéraire ; 5° — la remise des parts créées à tous les souscripteurs d'actions de numéraire proportionnellement à l'importance de leur souscription (1). Dans tous les cas ci-dessus les parts sont immédiatement attribuées à ceux pour qui elles ont été créées. De plus, ainsi que nous l'avons signalé plus haut, elles peuvent être créées et laissées à la disposition de la gérance ou du conseil d'administration pour faire ultérieurement l'objet soit d'une attribution, soit d'une émission contre espèces. Si les parts ne sont créées qu'au cours de la vie sociale, elles peuvent avoir pour but en dehors des quatre premières hypothèses signalées ci-dessus, qui sont susceptibles de se représenter : 1° — d'encourager de nouveaux souscripteurs à participer à une augmentation de capital ; 2° — d'indemniser les anciens actionnaires, dont la part dans les réserves constituées va être diminuée par la survenance de nouveaux actionnaires participant à une augmentation de capital ; 3° — d'indemniser les anciens actionnaires, qui, après avoir opéré une réduction du capital originnaire, décident de procéder à une augmentation de capital (2) ;

(1) Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 433, considèrent cette combinaison comme dénuée de toute utilité, les actionnaires n'en retirant aucun avantage, puisque les dividendes attribués aux actions seront d'autant moins élevés que le droit reconnu aux parts sera plus important. On ne peut cependant pas nier qu'à la faveur de cette attribution de parts, les premiers actionnaires n'aient un avantage incontestable à l'encontre des futurs souscripteurs d'une augmentation de capital, lesquels pour la même mise sociale n'auront pas droit aux répartitions effectuées aux porteurs de parts.

(2) Cette hypothèse toutefois nous paraît difficilement réalisable ; la réduction du capital implique, en effet, une situation commerciale peu prospère et il ne sera guère possible de recueillir des souscriptions pour une augmentation de capital, si l'avantage résultant pour la société de la réduction du capital est annihilé par la création simultanée de parts de fondateurs.

4° — d'indemniser l'apporteur qui à la suite d'apports surévalués a consenti une réduction de ses droits sociaux.

211. — Il y a maintenant lieu d'établir d'une manière précise les diverses conditions et formalités requises par la loi pour la création régulière des parts de fondateur. Si elles sont créées lors de la formation de la société, c'est une décision de l'assemblée générale constitutive, fixant leur nombre et leurs droits et les affectant à tel ou tel usage, qui leur donnera une existence juridique : si la création des parts de fondateur n'a lieu qu'au cours de l'existence de la société elle sera de la compétence d'une assemblée générale extraordinaire délibérant aux conditions de quorum et de majorité prévues par l'article 31 de la loi de 1867, parce que constituant une modification aux statuts.

212. — En ce qui concerne les formalités à observer pour la création de parts de fondateurs, on admettait généralement jusqu'à la promulgation de la loi du 23 janvier 1929 que les parts de fondateurs remises à des associés soit à titre de rémunération totale ou partielle d'un apport en nature, soit pour reconnaître un service rendu, soit pour toute autre cause, devaient faire l'objet de la vérification instituée par l'article 4 de la loi de 1867, à l'exception toutefois du cas où ces parts étaient attribuées à tous les actionnaires proportionnellement à l'importance de leur mise sociale, mais que le fait de remettre à des tiers non associés un certain nombre de parts, pour quelque motif que ce soit, échappait à la vérification de l'article 4, cette vérification n'ayant été ordonnée par la loi que pour les avantages particuliers stipulés à son profit par un associé.

La nouvelle loi vient de modifier l'application de ce principe, certes par un texte fort peu clair, mais dont l'interprétation n'est pas douteuse après lecture des travaux préparatoires.

Le 3^e alinéa de l'article 1^{er} de la loi du 23 janvier 1929 est,

en effet, ainsi conçu : « Si la création, l'attribution ou l'émission des parts bénéficiaires a lieu en rémunération d'un apport en nature, cette opération est soumise à l'accomplissement des formalités de vérification prescrites par la loi du « 24 juillet 1867 ». A s'en tenir à la lettre même du texte, il semblerait possible de conclure que seule la remise de parts de fondateur effectuée uniquement à titre de rémunération d'un apport en nature (bien corporel ou incorporel, industrie) fût soumise à vérification et que par contre l'attribution de parts destinées à rétribuer des services rendus à la société, sans que ces services constituent des apports en nature, échappât complètement à cette vérification. Telle n'a cependant pas été l'intention du législateur. Dans son rapport au Sénat du 25 janvier 1923 (J. O. doc. parl. d'avril 1923, p. 17), Monsieur Coignet s'exprime ainsi : « Nous avons stipulé que lors de la création des « parts, si elles sont attribuées en rémunération d'un apport « en nature, tel qu'un brevet, une étude technique ou un service rendu, cette attribution devait être soumise à la vérification des apports ordonnée par la loi de 1867 pour les apports des associés... Il a paru à votre commission qu'il fallait « donner cette garantie aux actionnaires d'une société, contre « des attributions abusives de parts bénéficiaires faites à des « tiers. Si l'attribution de parts bénéficiaires est faite à des actionnaires ou associés d'une société, elle constitue un avantage « particulier déjà soumis à la vérification par la loi de 1867... « ... Mais si l'attribution est faite à un tiers non associé la vérification ne serait plus imposée par la loi de 1867. Il nous a « paru qu'il fallait alors l'ordonner par une disposition expresse de la loi. C'est une garantie donnée aux actionnaires d'une « société, qu'on ne les dépouillera pas d'une forte partie de « leurs bénéfices pour des services illusoire rendus par un « tiers ». Le texte de la loi prend alors une tout autre signification, si, contrairement à la conception traditionnelle de l'ap-

port en nature, on accorde ce caractère à « une étude technique » ou un service rendu ». En effet, dans cette nouvelle conception de l'apport en nature toutes les causes d'attribution de parts de fondateur constitueront un apport de ce genre et comme le texte de la loi du 23 janvier 1929 ne fait pas la distinction entre l'attribution à des associés ou à des tiers non associés, cette attribution sera dans tous les cas sujette à la vérification ordonnée par l'article 4 de la loi de 1867. Seul demeurera excepté le cas particulier, où les parts sont remises à tous les associés proportionnellement au nombre d'actions possédé par eux. Bien que contestant l'exactitude de cette nouvelle définition de l'apport en nature, il ne nous paraît pas possible de nous en tenir au sens littéral du 3^e alinéa de l'article premier de la loi du 23 janvier 1929, interprété sur la base de la conception traditionnelle de cet apport, pour faire échec aux intentions du législateur aussi clairement exprimées.

213. — Nous avons précédemment exposé la procédure de vérification instituée par l'article 4 de la loi de 1867 ; nous n'y reviendrons pas. Il paraît toutefois utile de préciser certains détails relatifs aux assemblées appelées à participer à cette vérification, pour le cas où des parts bénéficiaires sont créées au cours de l'existence de la société. Si cette création a lieu à l'occasion d'une augmentation de capital, elle ne pourra être décidée, comme dit ci-dessus, que par une assemblée réunissant les conditions exigées par l'article 31 de la loi de 1867, puisqu'elle comporte modification des statuts ; en fait, ce sera l'assemblée décidant l'augmentation de capital. Mais la vérification ordonnée par l'article 1^{er} de la loi du 23 janvier 1929 sera de la compétence des assemblées devant déclarer réalisée l'augmentation de capital et délibérant aux conditions fixées par les articles 4, 27 et 30 de la loi de 1867, suivant qu'il s'agira d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme.

Si les parts sont créées en dehors de toute augmentation de capital, pourrait-on décider que l'assemblée générale extraordinaire délibérant aux conditions de l'article 31 pourra elle-même nommer le ou les commissaires chargés de faire le rapport à une nouvelle assemblée ? Nous ne le pensons pas. En effet, bien que aux assemblées extraordinaires comme aux assemblées constitutives tout actionnaire ait accès et que dans les premières le quorum de présence soit plus élevé que dans les secondes, ce qui constitue une garantie plus efficace du bien-fondé des délibérations, il faut remarquer que le nombre de voix est limité à dix par actionnaire dans les assemblées constitutives, alors que le droit de vote s'exerce sans limitation dans les assemblées extraordinaires ; or, aux termes de l'article 4, le ou les commissaires doivent être nommés par la première assemblée générale constitutive, c'est-à-dire par une assemblée où aucun actionnaire ne peut disposer de plus de dix voix et ce serait favoriser les gros porteurs d'actions, contrairement aux prescriptions de la loi, que d'autoriser l'assemblée extraordinaire à nommer les commissaires. La vérification ordonnée par l'article 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 23 janvier 1929 demande donc, selon nous, que deux assemblées soient convoquées à la suite de l'assemblée extraordinaire ayant décidé la création des parts.

214. — Enfin l'emploi par le législateur des mots création, attribution et émission appelle, croyons-nous, une nouvelle précision. Si la création et l'attribution ou l'émission sont simultanées, il n'y a aucune difficulté puisque c'est la même assemblée qui approuvera en même temps et la création des parts et leur attribution à telle ou telle personne ou leur émission à tel ou tel prix. Mais si les parts créées ne sont pas nommément attribuées ou émises à un prix déterminé, que faut-il décider quant à l'époque à laquelle devra se placer la vérification prescrite par la loi ? Deux hypothèses nous paraissent devoir alors

être distinguées. Les parts créées ont pour but de rémunérer des services antérieurement rendus ; dans ce cas, la valeur de services connus pouvant facilement être appréciée, rien ne s'oppose à ce qu'il soit procédé à la vérification simultanément à la création, l'assemblée fixant elle-même la répartition que le conseil d'administration devra exécuter ou déclarant s'en rapporter à lui pour cette répartition. Mais si les parts non immédiatement attribuées sont destinées à rétribuer des services ou des prestations qui ne doivent être fournis à la société que postérieurement, la vérification ne nous paraît plus pouvoir être opérée au moment de la création. Il s'agirait, en effet, d'apprécier la valeur d'un élément inconnu susceptible d'une plus ou moins complète réalisation et dans ce cas la vérification doit, selon nous, être reportée à l'époque où devra s'effectuer l'attribution ou l'émission. Mais cette vérification ultérieure ne pourrait-elle être évitée, si l'assemblée déclarait mettre les parts créées à la disposition du conseil d'administration à charge par lui de procéder par la suite à leur attribution ou émission ? Nous n'hésitons pas à répondre par la négative. En effet, le texte de la loi ordonnant la vérification est formel et ne prévoit aucune exception ; de plus, l'intention du législateur est nettement exprimée dans le passage du rapport précité de M. Coignet, où celui-ci déclare que « c'est une garantie donnée aux actionnaires d'une société qu'on ne les dépouillera pas d'une forte « partie de leurs bénéfices pour des services illusoirement rendus « par un tiers ». Or, si un tel procédé était autorisé ou même simplement toléré, il ne tarderait pas à se généraliser, enlevant ainsi toute efficacité aux prescriptions du 3^e alinéa de l'article premier de la loi du 23 janvier 1929 et réduisant à néant la « garantie donnée aux actionnaires » par le législateur.

215. — c) En ce qui concerne la forme à donner aux titres de parts de fondateur, la nouvelle loi est demeurée muette et

elle s'est simplement bornée à indiquer dans le premier alinéa de son article premier que les sociétés commerciales par actions étaient autorisées à créer, attribuer et émettre « des titres négociables » sous le nom de parts de fondateurs. Les parts de fondateur étant en dehors du capital social et ne possédant pas de valeur nominale, il ne saurait être question de libération des parts et en conséquence les titres, qui les représenteront, pourront indifféremment emprunter dès leur création matérielle la forme nominative ou au porteur ou encore celle des titres à ordre.

216. — d) Mais la négociation de ces titres est soumise à une restriction importante, dont ne fait cependant pas mention la loi du 23 janvier 1929. C'est, en effet, une disposition législative antérieure, à savoir l'article 16 de la loi du 31 mars 1927, qui a rendu applicables aux parts de fondateur créées après sa promulgation les dispositions de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 relatives au délai pendant lequel les actions d'apport ne sont pas négociables. De cette loi, il résulte que, pendant un délai de deux ans, à compter d'une date que nous préciserons plus loin, les parts de fondateur ou parts bénéficiaires ne pourront faire l'objet d'une transmission régulière par les voies commerciales et que les mutations de propriété les concernant ne pourront être réalisées qu'au moyen d'une cession civile signifiée à la société dans les formes établies par l'article 1690 du Code Civil ; que pendant le même délai les titres de parts de fondateur, s'ils sont matériellement créés, ne pourront être détachés de la souche et devront être frappés d'un timbre indiquant, non pas toutefois leur nature qui résulte du titre lui-même, mais au moins la date à partir de laquelle le délai de deux ans doit être calculé.

217. — α) Certains auteurs ont soutenu que cette prohibition de négociation ne s'appliquait aux parts de fondateur, qu'autant que celles-ci étaient remises en rémunération d'apports en nature et que les parts créées pour d'autres causes pouvaient être négociées immédiatement (1). En effet, dit-on, la loi de 1893 n'a édicté cette prohibition que pour la négociation des actions représentant des apports en nature et, en étendant cette mesure aux parts de fondateur, le législateur n'a entendu y soumettre que celles dont l'attribution aurait aussi pour origine des apports en nature ? Nous ne pensons pas qu'il faille obligatoirement traduire ainsi l'intention du législateur. En effet, l'interdiction de négociation est dirigée contre l'attributaire d'actions d'apport, à l'effet d'empêcher celui-ci, en liant pendant deux ans le sort de ses actions à celui de la société, de réaliser un profit injustifié au moyen d'une vente précipitée desdites actions à un moment où leur valeur réelle ne peut être connue. La loi a judicieusement restreint cette interdiction aux seules actions d'apport, les autres actions représentant toutes un capital en numéraire et leur valeur étant facile à déterminer d'une manière précise dès le jour de la constitution de la société. Il n'en est pas de même pour les parts de fondateur, dont la valeur est fonction de l'importance des bénéfices réalisés par la société, quels que soient les motifs de leur création. D'autre part, le texte de la loi du 31 mars 1927 ne fait pas de distinction, quant à l'application des mesures édictées par les 3^e et 4^e aliéas de la loi de 1893, entre diverses sortes de parts de fondateur et c'est pourquoi il nous paraît conforme tant au texte qu'à l'intention présumée du législateur de soumet-

(1) A. Dolbeau, (G. S., 1927.148) ; A. Mater, Rev. du Droit Bancaire septembre 1929, p. 340 et s.

tre à ces dispositions toutes les parts de fondateurs ou parts bénéficiaires créées après la promulgation de la loi (1-2).

Doit-on appliquer aux parts de fondateur les règles particulières établies par la loi du 16 novembre 1903, modifiant la loi du 24 juillet 1867, sur la négociation des actions d'apport attribuées en cas de fusion d'une société ayant lors de cette fusion plus de deux ans d'existence ? L'affirmative ne nous paraît guère douteuse. Depuis la loi de 1903, en effet, cette disposition est devenue partie intégrante du 3^e alinéa de l'article 3 de la loi de 1867 et la loi du 31 mars 1927 a déclaré applicables aux parts de fondateurs créées après sa promulgation, sans exception ni réserve, « les dispositions des alinéas 3 et 4 » du présent article relatives au délai pendant lequel les actions « d'apport ne sont pas négociables ». Il faut en déduire que les parts de fondateur attribuées lors d'une fusion à une société, qui comptera à ce moment plus de deux années d'existence, seront immédiatement négociables. Au surplus il y aura lieu d'appliquer ici les règles indiquées pour les actions d'apport dans la section précédente.

219. — Mais que décider en ce qui concerne les parts de fondateur créées au cours de l'existence de la société en dehors de toute augmentation de capital ? La loi, qui a statué sur les actions d'apport, n'a prévu que le cas de la constitution de la société ; la jurisprudence a étendu ses prescriptions à

(1) Sic, Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, 6^e édition, t. 1., p. 866.

(2) A. Mater, *loc. cit.*, tire un nouvel argument à l'appui de sa thèse de ce qu'un député, au cours de la discussion de la loi, ayant proposé de la rendre applicable, « à tous titres créés, sous quelque nom que ce soit, en représentation d'apports en nature ou en rémunération de services au profit des fondateurs ou d'autres personnes », (J. O., 30 mars 1927, Déb. parl. p. 1067), cette proposition a été écartée par l'assurance que le gouvernement étudierait la question ainsi posée (J. O. 1^{er} avril 1927, Déb. parl. p. 369). Ceci ne nous semble pas infirmer notre interprétation, la proposition formulée ne nous paraissant avoir pour but que d'étendre le nouveau régime de négociation des parts de fondateur à tous autres titres créés « sous quelque nom que ce soit ».

celui d'une augmentation de capital et naturellement, s'agissant d'actions d'apport, aucune autre éventualité n'était à envisager. Mais les parts de fondateurs, nous l'avons vu, peuvent rémunérer tantôt des services rendus, tantôt des apports en nature ; or, si au cours de sa durée la société acquiert un bien contre création et attribution de nouvelles parts de fondateur, il n'y aura pas augmentation de capital, puisque par définition les parts de fondateur ne font pas partie du capital social, et il y a lieu de se demander si, en dehors des cas expressément et implicitement prévus par la loi, les prescriptions qu'elle a édictées doivent encore être observées. Peut-être pourrait-on soutenir que les dispositions des 3^e et 4^e alinéas de l'article 3 constituent une dérogation au droit commun, qu'elles doivent être interprétées restrictivement et qu'en conséquence les parts ainsi créées seront immédiatement négociables. Ce raisonnement ne nous semble pas convaincant. En effet, qu'a voulu la loi ? Eviter que les apporteurs ne pussent réaliser un bénéfice injustifié en réalisant immédiatement à un prix trop élevé les actions qu'ils se seraient fait attribuer en nombre exagéré. Or, le but visé par la loi de 1927 relative aux parts de fondateur n'est pas différent de celui qu'a voulu atteindre le législateur de 1867. Certes on peut dire que, si les parts sont remises pour reconnaître un service rendu, ce service est connu et peut donc être exactement apprécié en connaissance de cause et sans crainte d'erreur, certitude qui existe rarement lorsqu'il s'agit d'un apport en nature et qu'en conséquence une restriction à la libre négociation des parts rémunérant un service devient sans utilité. Mais la loi ne fait pas cette distinction peut-être trop subtile et nous croyons plus conforme aux intentions du législateur de décider que la négociation des parts de fondateur, même créées indépendamment de toute augmentation de capital, sera soumise aux règles établies par les 3^e et 4^e alinéas de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867.

220. — 3) La détermination du moment à partir duquel devra être calculé le délai de deux ans de non négociabilité des parts de fondateur exige aussi quelques précisions. Si l'attribution ou l'émission des parts a lieu simultanément à leur création aucun doute n'est possible et le délai courra, soit de la date de la constitution de la société, soit de celle de la réalisation définitive de l'augmentation de capital, soit enfin de celle de la décision créant les parts indépendamment de toute augmentation de capital. Mais que décider dans le cas contraire où les parts créées seront mises en réserve pour n'être attribuées ou émises qu'ultérieurement ? Nous avons plus haut émis l'opinion que dans cette hypothèse la vérification ordonnée par le 3^e alinéa de l'article 1^{er} de la loi du 23 janvier 1929 ne pouvait avoir lieu qu'au moment de l'attribution ou de l'émission, tout au moins lorsque les parts ainsi mises en réserve ont pour but de rémunérer des services ou des prestations futurs. Or, tant que les parts n'ont pas fait l'objet de cette vérification, elles n'existent pas, selon nous ; juridiquement, ce sont des parts virtuelles auxquelles seule la vérification légale donnera une existence réelle. C'est pourquoi nous pensons que dans tous les cas le délai de deux ans, pendant lequel les parts ne sont pas négociables, doit être calculé à partir de la date à laquelle sera effectuée la vérification que prescrit la loi du 23 janvier 1929.

Toutefois cette règle doit souffrir au moins une exception en ce qui concerne les parts de fondateur attribuées à tous les actionnaires proportionnellement au nombre d'actions par eux souscrites. Ces parts, ne rémunérant ni apports en nature ni services rendus ou à rendre et ne constituant pas non plus un avantage particulier pour chaque actionnaire, ne sont pas soumises à vérification, mais la loi du 31 mars 1927 visant toutes les parts créées après sa promulgation, elles sont, selon nous, frappées pendant un délai de deux ans par l'interdiction de négociation établie par cette loi. Quant à elles, le délai de deux

ans courra à compter de la date de la constitution de la société, ou de la réalisation définitive de l'augmentation de capital à l'occasion desquelles elles auront été créées et attribuées.

221. — B) Quels droits sont attachés aux parts de fondateur régulièrement créées et vérifiées ? Aux termes du 5^e alinéa de l'art. 1^{er} de la loi du 23 janvier 1929 « les droits des propriétaires de parts sont déterminés dans les statuts de la société » par actions ou dans la délibération ultérieure de son assemblée générale portant création des parts », mais malgré la liberté presque absolue que ce texte paraît accorder aux sociétés pour la fixation de ces droits, la loi a cependant établi certaines règles précises et impératives que nous allons examiner.

222. — a) Le droit principal des propriétaires de parts de fondateur est de participer dans une certaine mesure aux bénéfices réalisés par la société. Bien que la loi se contente de dire que ce droit « peut leur être attribué », nous n'hésitons pas cependant à le considérer comme étant de l'essence même des parts de fondateur, les avantages attribués à ces titres devant se trouver réduits à néant au cas où une participation aux bénéfices sociaux ne leur serait pas accordée. Mais quant à l'étendue de cette participation la loi a laissé aux sociétés la plus grande liberté pour la fixer elle-même. En général il est stipulé qu'après un premier prélèvement sur le montant des bénéfices nets annuels pour alimenter le fonds de réserve légale, il sera versé aux actionnaires à titre de premier dividende l'intérêt des sommes dont leurs actions sont libérées et non amorties et que le surplus sera réparti dans une proportion fixée aux statuts entre le conseil d'administration, les parts de fondateur et les actions ; que lors de la liquidation de la société les parts de fondateur et les actions se partageront dans une proportion également prévue l'actif social restant après extinction du passif et remboursement du capital. Mais pour être fréquent

ce mode de répartition des bénéfices n'a rien d'obligatoire. Il pourrait donc être prévu, en restreignant le droit des porteurs de parts, que ceux-ci ne participeront qu'aux bénéfices annuels, à l'exclusion de ceux révélés par les opérations de liquidation, ou qu'après les prélèvements destinés à la réserve légale et à l'intérêt des sommes versées par les actionnaires, une certaine partie des bénéfices sera affectée à l'amortissement du capital ou encore que l'assemblée générale des actionnaires a le droit d'ordonner après les prélèvements ci-dessus et avant répartition aux actions et aux parts la constitution de tous fonds de réserve de prévoyance ; de même, dans un sens favorable aux intérêts des porteurs de parts, on pourrait valablement stipuler qu'aucun intérêt ne sera versé aux actionnaires ou que les réserves spéciales ordonnées par l'assemblée générale des actionnaires ne pourront être prises que sur les sommes revenant à ses membres. Enfin, et la loi s'exprime d'ailleurs clairement à ce sujet, il est permis de n'attribuer aux parts de fondateur qu'un droit fixe et non proportionnel dans les bénéfices sociaux.

Toutes les parts de fondateur créées par une société tant lors de sa constitution qu'au cours de sa durée n'ont pas nécessairement les mêmes droits et la loi elle-même a prévu dans le 4^e alinéa de son article premier « qu'il peut exister dans une même « société différentes catégories de parts de fondateurs ou de « parts bénéficiaires pourvues de droits inégaux », chaque catégorie formant alors une masse distincte. Il pourrait donc être créé des parts jouissant d'avantages non seulement à l'encontre d'autres catégories de parts de la même société, mais encore à l'égard des actions de ladite société, par exemple des parts qui, dès après le prélèvement affecté à la réserve légale, auraient droit à une première attribution de bénéfices par préférence aux actions et aux autres catégories de parts. Cette solution à vrai dire, ne ressort pas du texte de la loi mais ne nous paraît pas sérieusement contestable, la liberté des conventions étant

le droit commun et aucune disposition législative ne limitant à ce sujet la liberté des prescriptions statutaires.

223. — Participant aux bénéfices sociaux les porteurs de parts ont un intérêt primordial à ce que l'entreprise sociale soit bien dirigée et de plus à ce qu'il ne soit pas pris par l'assemblée générale des actionnaires de décisions qui, n'étant pas commandées par les circonstances, n'auraient d'autre but que de faire échec à leurs droits. A cet effet la loi d'une part leur a reconnu divers droits accessoires leur permettant d'exercer dans une certaine limite un contrôle sur les assemblées d'actionnaires et d'autre part a pris des mesures leur assurant un minimum de garantie pour la sauvegarde de leur droit principal de participation aux bénéfices sociaux.

224. — b) Tout d'abord les porteurs de parts doivent pouvoir se concerter entre eux et prendre les décisions collectives qu'exige la défense de leurs intérêts communs. Avant la promulgation de la loi de 1929 l'usage s'était généralisé de réunir tous les porteurs dans une association civile, aux statuts de laquelle la propriété d'une seule part emportait adhésion; mais ces associations de porteurs n'étaient pas obligatoires et les règles auxquelles elles obéissaient étaient souvent fort différentes. Aussi la loi du 23 janvier 1929 a-t-elle prescrit que, nonobstant toute stipulation contraire des statuts, les propriétaires de parts d'une même masse pourront être à toute époque réunis en assemblée générale et prendre à la majorité des résolutions qui s'imposeront à tous les porteurs (art. 1, § 6). Toutefois une assemblée générale ne peut comprendre que les propriétaires de parts d'une même masse (art. 1, § 7). Cette dernière prescription devrait être, selon nous, respectée même au cas où toutes les décisions à prendre intéresseraient les différentes masses de parts, car le texte précis et formel de la loi n'autorise aucune distinction; la solution contraire pourrait d'ailleurs susciter des

difficultés concernant tant la solution à donner à certaines questions particulières à une seule masse et surgissant à l'occasion d'un incident de séance, que la composition du bureau de l'assemblée, les parts représentées n'ayant par hypothèse pas toutes les mêmes droits.

225. — α) En principe c'est à la société qu'appartient l'initiative de convoquer l'assemblée des porteurs de parts (art. 2, § 1). Toutefois la loi réserve à un groupe de porteurs possédant au moins un vingtième des parts existant dans la masse intéressée le droit de prendre cette initiative ; à cet effet une demande est présentée à la société et si, dans le mois qui suit la date de cette demande, l'assemblée n'a pas été convoquée par la société, le groupe de porteurs peut procéder lui-même à la convocation, en obtenant à cet effet une autorisation du président du Tribunal de Commerce du siège social (art. 2, § 2, 3 et 4). La loi ne dit pas comment devra être calculé le vingtième des parts que doit représenter le groupe de porteurs, alors que, dans l'article 6 relatif au quorum de présence, elle précise que ce quorum doit s'entendre déduction faite des parts qui sont en la possession de la société : doit-on ici appliquer la même règle ? Nous ne le pensons pas. En effet, en plus des termes absolus du 2^e alinéa de l'article 2, il y a lieu de remarquer que cette mesure tout à fait légitime, lorsqu'il s'agit de réaliser un quorum de présence, qui, lors de la première assemblée, doit comprendre les trois quarts du nombre des parts, n'aurait pas grande utilité pour un cas où il suffit d'atteindre un seul vingtième du nombre de ces parts, cette quotité représentant d'ailleurs un minimum au-dessous duquel il serait peu logique de descendre.

Selon que les convocations sont faites par les soins ou de la société ou du groupe de porteurs muni de l'autorisation nécessaire, l'ordre du jour de l'assemblée est fixé par la société

ou par le groupe de porteurs. Toutefois dans le cas où la société procède à la convocation sur la réquisition du groupe de porteurs, c'est à celui-ci qu'il appartient d'indiquer dans sa demande à la société l'ordre du jour qui doit figurer dans la convocation.

226. — Dans l'intérêt des porteurs de parts et pour limiter au minimum les risques de voir une assemblée tenue à l'insu de certains d'entre eux, la loi a accumulé les précautions. Elle ordonne à cet effet que l'assemblée soit convoquée par deux insertions successives du même contexte dans le « Bulletin annexe du Journal Officiel » et par une insertion dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social ; que la convocation indique l'ordre du jour de la réunion, ainsi que le mode adopté pour la justification de la possession des parts qui existent en la forme au porteur ; elle stipule enfin que l'assemblée ne peut être tenue que huit jours après la dernière insertion (art. 3). En ce qui concerne la nature de ce délai de huit jours, la loi ne s'étant pas prononcé d'une manière précise, nous renvoyons à ce que nous avons dit précédemment au sujet des assemblées d'actionnaires (voir nos 155 et 169) ; nous considérons donc ce délai comme n'étant pas franc, estimant qu'il suffit que les porteurs aient eu huit jours entiers pour prendre connaissance de la convocation. Etant donné que le « Bulletin annexe du Journal Officiel » est hebdomadaire, si l'on a veillé à ce que l'insertion dans le journal d'annonces légales parût au plus tard en même temps que la seconde insertion au Bulletin annexe, une assemblée convoquée à la fois dans les deux organes le premier du mois et dont la convocation sera réitérée huit jours plus tard, c'est-à-dire le 8, dans le bulletin annexe, pourra, selon nous, se réunir valablement le 16 du même mois.

227. — Les articles 4 et 5 de la loi de 1929 contiennent certains détails relatifs à la tenue de l'assemblée. Comme dans les

assemblées d'actionnaires : 1°) il est dressé une feuille de présence que doit certifier, non pas le bureau, mais le président de l'assemblée et qui est mise à la disposition des membres au plus tard avant le premier vote. La présidence définitive de l'assemblée appartenant à un membre élu par celle-ci et la feuille de présence certifiée devant être mise à la disposition des membres avant tout vote, nous estimons que cette feuille de présence doit être certifiée par le président provisoire, lequel est obligatoirement le membre représentant tant par lui-même que comme mandataire le plus grand nombre de parts ; 2°) la représentation est admise, mais le mandataire doit être personnellement membre de l'assemblée ; 3°) un bureau définitif est constitué après la confection de la feuille de présence, et ce, sauf exception pour le président qui est élu, dans les mêmes conditions qu'aux assemblées d'actionnaires ; 4°) les délibérations ne peuvent porter que sur les questions figurant à l'ordre du jour publié, sous réserve cependant, pensons-nous, des questions qui seraient soulevées par un incident de séance ; 5°) enfin les délibérations font l'objet d'un procès-verbal signé par les membres du Bureau, auquel procès-verbal sont annexées la feuille de présence et les procurations des membres représentés.

228. — β) Pour pouvoir délibérer valablement l'assemblée générale des porteurs doit, aux termes de l'article 6, réunir un nombre de parts représentant au moins les trois quarts des parts existant dans la masse intéressée. Si lors de l'assemblée ce quorum n'est pas atteint une seconde assemblée doit être convoquée avec le même ordre du jour et dans les formes et délais plus haut indiqués et cette seconde assemblée pourra délibérer, si la moitié au moins des parts de la masse est présente ou représentée. Enfin à défaut de ce quorum de la moitié à la deuxième assemblée, une troisième assemblée sera convo-

quée dans les mêmes conditions que les précédentes et avec le même ordre du jour et la délibération sera valable si le quorum du tiers des parts est atteint. Ce système des trois convocations successives avec un quorum, dont l'importance diminue avec chaque convocation, n'est d'ailleurs que la reproduction de celui établi par le nouvel article 31 de la loi du 24 juillet 1867 relatif aux modifications des statuts des sociétés. Toutefois, alors que cet article 31 n'autorise pas la délibération avec un quorum réduit, lorsque celle-ci a trait à une modification de l'objet ou de la forme de la société, la loi du 23 janvier 1929, qui dans son article 9 exige le consentement des porteurs de parts pour l'efficacité d'une telle délibération, s'est bornée à indiquer que l'assemblée des porteurs, ayant à approuver un changement d'objet ou de forme de la société, délibérera aux conditions prévues à l'article 6 ; le consentement des porteurs de parts à un changement d'objet ou de forme de la société pourra donc être parfois donné par une assemblée qui ne comprendra que le tiers des parts de la masse intéressée.

229. — Cependant les divers quorums exigés par l'article 6 ne doivent pas être rigoureusement calculés sur le nombre total des parts existant dans la masse ; la loi fait à ce sujet une réserve et elle indique que de ce nombre total il devra être déduit celui des parts, qui sont en possession de la société. La formule, dont a usé le législateur, manque peut-être de précision, car la société peut détenir des parts à des titres divers, mais devant la généralité des termes employés et en l'absence d'indications spéciales dans les travaux préparatoires, nous pensons qu'il devra être fait abstraction pour le calcul du quorum de toutes les parts se trouvant en possession de la société sans aucune distinction. Cette opinion paraît commandée d'abord par l'esprit dans lequel la loi du 23 janvier 1929, destinée tout au moins en certaines de ses parties à sauvegarder les intérêts légitimes

des porteurs de parts, a été votée ; au cas, en effet, où la société posséderait un nombre important de parts, son abstention aurait pour résultat de rendre impossible la tenue d'assemblées générales susceptibles de délibérer valablement. D'autre part le dernier alinéa de l'article 6 stipule que la société n'a pas le droit de voter dans les assemblées des porteurs avec les titres dont elle est propriétaire ou qui sont « en sa possession pour une raison quelconque ». Il ne se comprendrait pas que des parts écartées du vote fussent prises en considération pour le calcul du quorum. Toutefois cette mesure doit être restreinte aux parts réellement en la possession de la société. C'est ainsi, selon nous, que les parts, dont la société n'est que dépositaire et qu'elle conserve pour le compte de leurs propriétaires, devront être comptées pour déterminer le quorum fixé, car la société n'ayant que le *corpus* et non l'*animus* n'a pas la possession des titres au sens strict du terme. Il en sera de même des parts qui lui auraient été remises en gage ; la société n'est, en effet, qu'un possesseur précaire et la majorité de la doctrine et de la jurisprudence sont d'avis qu'au cas où des actions ont été constituées en gage seul le propriétaire desdites actions a le droit d'assister aux assemblées générales ; cette mesure nous semble devoir être étendue aux parts de fondateur, qui, pouvant alors prendre part au vote, ne devront pas être déduites pour le calcul du quorum.

230. — γ). En ce qui concerné le nombre de voix dont dispose chaque membre de l'assemblée, la loi indique clairement que tout porteur a autant de voix qu'il possède ou représente de parts sans limitation. Cette rédaction nous paraît exclure d'une manière formelle toute possibilité de création de parts jouissant d'un droit de vote plural dans les assemblées.

Toute part de fondateur a donc une voix et n'en peut avoir qu'une, à l'exception toutefois de celles qui sont la propriété

de la société ou qui sont en sa possession pour une raison quelconque et qui, ainsi que nous l'avons signalé plus haut, sont exclues du droit de prendre part au vote. Cette mesure qui se justifie par le désir qu'a eu le législateur d'assurer aussi complètement que possible la sincérité et la liberté des décisions des porteurs, doit-elle encore être appliquée dans le cas où la société se présenterait pour participer au vote non plus en sa qualité de porteur de parts, mais comme mandataire régulier d'un ou plusieurs porteurs ? On soutiendra peut-être que le dernier alinéa de l'article 6 établissant une exception doit être interprété restrictivement et qu'en conséquence doivent seulement être privées du droit de vote les parts appartenant à la société ou qui se trouvent en sa possession. Nous ne pensons cependant pas que ce soit là une interprétation répondant aux intentions du législateur. En effet, les délibérations les plus fréquentes, auxquelles seront conviés les porteurs de parts, auront pour objet des modifications de leurs droits antérieurs ; or la société sera souvent, pour ne pas dire toujours, désireuse de voir restreindre les droits des porteurs au profit d'anciens ou de futurs actionnaires et il serait à craindre que la participation au vote de la société, même en qualité de mandataire, ne rendît inefficace la précaution prise par la loi, dans l'intérêt des porteurs. Qu'il s'agisse d'un rachat des parts, de l'abandon d'une certaine partie de leurs droits en prévision d'une augmentation de capital imminente, ou encore d'une conversion de parts en actions ou en obligations, il faut reconnaître que dans tous ces cas les intérêts respectifs de la société et des porteurs de parts divergent et que le vote émis par la société à l'occasion de telles décisions risque d'être déterminé plus par la perspective de son profit personnel que par le souci exclusif des avantages de ceux qui lui auront confié un mandat. C'est pourquoi nous croyons devoir étendre à la société

mandataire l'exclusion du droit de vote prononcée par la loi contre la société propriétaire ou possesseur de parts.

231. — Les décisions prises par les assemblées générales de porteurs réunissant le quorum de présence exigé sont de plus soumises pour leur validité à une certaine majorité, que la loi a fixée aux deux tiers des voix des parts présentes ou représentées. Cette quotité des deux tiers est la même que celle imposée par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 pour la validité des délibérations prises par les assemblées d'actionnaires ayant à statuer sur une modification des statuts de la société.

232. — 8) Les conditions ci-dessus de quorum et de majorité étant réunies, l'assemblée générale des porteurs peut, aux termes de l'article 7, statuer « sur toutes les questions qui lui « sont soumises ». Le caractère général de cette formule concède donc à l'assemblée des porteurs une compétence sans réserve quant à la nature des questions sur lesquelles elle peut être appelée à prendre une décision; il suffira, pour être du ressort de l'assemblée, que la question, qui lui est soumise, intéresse directement ou indirectement les droits communs de tous les porteurs de parts de la masse envisagée, à l'exclusion de ceux qui seraient personnels à tel ou tel porteur considéré individuellement. L'énumération qui suit la première phrase de l'article 7 n'a donc aucun caractère limitatif; la présence du terme « notamment » suffirait d'ailleurs à l'indiquer; si elle ne mentionne que des cas relatifs à des modifications du régime ou des droits des parts, c'est que l'assemblée sera plus fréquemment appelée à délibérer sur des questions de cet ordre. D'autre part divers droits rentrant dans la compétence de l'assemblée et étrangers à cette question de modification sont reconnus dans les articles suivants. C'est ainsi que l'assemblée des porteurs de parts : 1°) doit être consultée sur les modifications touchant

à l'objet ou à la forme de la société, tout refus ou absence d'approbation de sa part ayant pour effet de rendre impossible lesdites modifications (art. 9) ; 2°) est appelée à se prononcer sur la dissolution anticipée de la société, hors le cas où cette dissolution est décidée par les actionnaires pour perte du quart au moins du capital social (art. 10) ; 3°) nomme ses représentants aux assemblées générales d'actionnaires et fixe leurs pouvoirs (art. 11) ; 4° délibère sur l'opportunité de toutes actions judiciaires dirigées contre la société et concernant l'exercice des droits communs à toutes les parts de la masse (art. 13).

233. — Prises conformément aux dispositions des articles 3 à 7, les décisions de l'assemblée s'imposent à tous les porteurs de parts, même absents, dissidents et incapables. Ainsi disparaît un grave inconvénient engendré par la création de parts de fondateur dont les propriétaires n'étaient pas, pour l'exercice de leurs droits, groupés en une association ou une société civile les soumettant à des règles précises. M. Levasseur dans son rapport du 7 juillet 1927 à la Chambre des députés a longuement insisté sur ce motif pour justifier l'adoption de la loi. (J. O. Doc. parl. de janvier 1928, p. 1341). Dans ce cas, en effet, la mauvaise volonté intentionnelle d'un seul porteur propriétaire d'une seule part, pouvait faire obstacle aux plus légitimes mesures sollicitées par la société uniquement dans l'intérêt général. Nous pensons toutefois que, malgré les termes absolus du dernier alinéa de l'article 7, le cas doit être réservé où la décision de l'assemblée des porteurs, même délibérant aux diverses conditions fixées par la loi, constituerait un détournement de pouvoir de la part de l'assemblée ; pour que cette décision acquière les effets prévus par ce texte, il nous semble indispensable qu'elle se réfère aux droits communs à tous les porteurs à l'exclusion de tous intérêts particuliers.

234. — Enfin la réunion d'assemblées générales n'étant pas

une simple faculté, mais constituant un droit pour les porteurs et parfois même une obligation pour la société, la loi a voulu qu'aucun obstacle matériel ne pût s'y opposer et elle a à cet effet décidé que la société aurait à supporter les frais de convocation et de tenue de ces assemblées (art. 5 in fine). Bien que le texte ne le précise pas, cette disposition doit, selon nous, être appliquée même au cas où l'assemblée est convoquée par un groupe de porteurs réunissant le vingtième du nombre des parts de la masse et ayant obtenu l'autorisation du Président du Tribunal de commerce ; le fait que cette autorisation a été accordée est, en effet, une garantie suffisante du bien fondé de l'objet de la réunion.

235. — c). Après avoir exposé le mode d'exercice des droits des porteurs de parts, il y a lieu de rechercher les garanties qui leur sont données, pour sauvegarder leur droit principal de participation aux bénéfices sociaux.

236. — α) En premier lieu la loi du 23 janvier 1929 leur reconnaît un droit de contrôle sur les délibérations des assemblées générales d'actionnaires. Antérieurement à la promulgation de la loi les statuts de la majorité des sociétés par actions contenaient une clause, dont l'usage s'était généralisé et aux termes de laquelle l'accès des assemblées d'actionnaires était interdit aux porteurs de parts. Cette règle, que l'on prétendait justifier par l'application du principe défendant aux porteurs de s'immiscer dans les affaires sociales, n'était pas sans inconvénients pour eux ; quoique intéressés à la réussite de l'entreprise, c'est-à-dire associés d'une nature spéciale, il leur était difficile d'être renseignés sur le résultat des opérations sociales et il leur était surtout impossible de faire entendre, le cas échéant, une voix autorisée pour s'opposer à une mesure qu'ils

jugeaient contraire à l'intérêt général. La loi vient de combler cette lacune.

Comment va se manifester ce droit de contrôle ? Envisageant non seulement le cas de la représentation des porteurs de parts aux assemblées d'actionnaires, mais statuant en général pour les cas les plus divers, l'article 11 de la loi du 23 janvier 1929 prévoit que l'assemblée des porteurs pourra nommer un ou plusieurs représentants de la masse des parts intéressée, fixera leurs pouvoirs et notifiera les nominations à la société. La manière, dont cette notification doit avoir lieu, n'est pas indiquée ; nous estimons que la remise d'une copie ou d'un extrait du procès-verbal, certifié conforme par le président élu de l'assemblée des porteurs et contenant la délibération qui nomme les représentants, sera nécessaire et suffisante.

C'est par l'intermédiaire de ces représentants que s'exercera le droit de contrôle des porteurs de parts sur les délibérations des assemblées d'actionnaires. Toutefois la loi ne reconnaît pas à ces représentants le droit de s'immiscer dans la gestion des affaires sociales, elle ne leur concède que celui d'assister aux assemblées d'actionnaires, leur refusant voix délibérative à peine de nullité des délibérations. Doit-on en déduire que l'assistance des représentants des porteurs aux assemblées d'actionnaires doit être absolument passive ? Dans le silence de la loi et en vertu du principe que tout ce qui n'est pas défendu est permis, nous pensons que les représentants ont le droit de prendre part aux discussions précédant la mise aux voix des décisions à prendre, c'est-à-dire qu'ils ont voix consultative ; l'opinion contraire nous paraîtrait, en effet, restreindre fâcheusement et sans nécessité l'innovation du législateur.

Il arrive fréquemment que les porteurs de parts soient également actionnaires de la société. La loi n'ayant prononcé aucune exclusion contre les personnes réunissant cette double qualité, quant à la possibilité d'être désignées comme représen-

tants, nous estimons qu'une telle nomination sera valable. C'est là peut-être une omission regrettable. En effet, cette double qualité se rencontre le plus souvent chez les associés ayant effectué un apport en nature et possédant en conséquence un nombre important d'actions ; la participation aux bénéfices attribuée aux actions étant en général sensiblement supérieure à celle des parts, il est à craindre que le mandat de défendre les intérêts des porteurs confié à un actionnaire-porteur de part ne soit rempli d'une façon d'autant moins active que les intérêts des actions et des parts seront plus opposés. Nous aurions préféré que la loi par une prohibition formelle protégeât les porteurs de parts contre leur propre entraînement.

237. — A certains égards cependant la loi assimile de façon complète les représentants des porteurs de parts aux actionnaires ; dans un cas particulier même elle confère aux premiers un droit qu'elle n'a pas reconnu aux seconds. Le 4^e alinéa de l'article 11 stipule, en effet, que les représentants des porteurs ont droit « aux mêmes communications que les actionnaires et aux mêmes époques » ; ils pourront donc, conformément à l'article 35 de la loi du 24 juillet 1867, prendre communication au siège social, et ce quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, de l'inventaire et de la liste des actionnaires et se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires ; *a fortiori* pourront-ils comme tout requérant demander communication des feuilles de présence certifiées et déposées au siège social selon les prescriptions de l'article 28. Mais la loi du 23 janvier 1929 va plus loin et l'avant-dernier alinéa de l'article 11 autorise même les représentants des porteurs de part à « se faire délivrer copie des « procès-verbaux des assemblées générales quelconques des actionnaires », droit qu'aucun texte de la loi de 1867 n'a jamais reconnu à ceux-ci.

238. — β) En plus du droit de contrôle sur les délibérations des assemblées générales d'actionnaires formellement reconnu aux porteurs de parts, il se dégage à leur profit du texte de la loi du 23 janvier 1929 un principe implicite, aux termes duquel leurs droits sont intangibles sauf leur consentement et qui était déjà généralement admis dès avant la promulgation de la loi.

Cependant avant d'étudier les divers changements, dont les droits des porteurs de parts peuvent faire l'objet par suite de modifications apportées aux statuts de la société, il y a lieu, croyons-nous, d'examiner l'effet que peuvent avoir sur ces droits certaines décisions prises par la société, indépendamment de toutes modifications à ces statuts, notamment la fixation des amortissements annuels et la constitution de réserves extraordinaires autres que celle ordonnée par la loi. En principe les porteurs de parts ne sont pas admis à contester le montant des bénéfices révélés par le bilan puisque toute immixtion dans la gestion des affaires sociales leur est interdite par la loi. Mais la manière, dont le bilan a été dressé, peut causer un grave préjudice aux porteurs de parts, si, par exemple, les bénéfices ont été entièrement ou presque employés en amortissement des divers éléments de l'actif social. Les porteurs de parts sont-ils dans ce cas livrés sans défense à l'arbitraire de la société ? Assurément non, mais une simple décision de l'assemblée générale de la masse serait inopérante et seul un recours aux tribunaux pourra leur permettre d'assurer le respect de leurs droits. Aucune règle précise et absolue ne peut toutefois être formulée, en ce qui concerne la décision à prendre par l'autorité judiciaire. C'est, en effet, une question de fait et de mesure ; si le prélèvement fait sur les bénéfices pour procéder à l'amortissement de tel ou tel élément de l'actif apparaît comme uniquement dicté par le souci des intérêts de la société,

il s'impose aux porteurs de parts (1) ; mais si la décision de l'assemblée des actionnaires ne semble avoir été prise que dans le but de faire fraude aux droits des porteurs de parts, ceux-ci peuvent poursuivre devant la justice le redressement des bilans qu'ils prétendent avoir été établis en violation de leurs droits (2), ainsi que la distribution immédiate des bénéfices indûment retenus (3). Ces directives nous paraissent devoir être suivies dans les cas similaires où les porteurs de parts se plaindraient de la constitution de réserves extraordinaires non prévues et autorisées par les statuts. Dans le cas où les statuts se sont explicitement prononcé à ce sujet, leurs dispositions doivent être suivies et les mesures prises en conformité de ces dispositions sont opposables aux porteurs de parts ; toutefois les décisions votées concernant ces réserves pourraient donner lieu à des dommages-intérêts en faveur des porteurs (4), si elles constituaient de la part de la société un usage illicite de son droit, par exemple si ces réserves étaient utilisées pour l'amortissement des actions (5), opération qui n'a pas pour but l'intérêt commun des actionnaires et des porteurs.

239. — 1° Les atteintes aux droits des porteurs de parts résultant de telles mesures sont en général accidentelles et temporaires. Beaucoup plus graves sont celles dont la cause a son origine dans une modification des statuts de la société, puis-

(1) Paris, 16 juillet 1896, (S. 98.2.99) ; 10 nov. 1922, Gaz. Pal., 28 décembre 1922 ; Sic. Percerou, *op. cit.*, p. 213.

(2) Trib. Comm. Seine, 16 janvier 1890, (R. S., 1890.261).

(3) Paris 8 juin 1901, (S. 1903.2.25 et note de M. Wahl ; D. 1902.2.7 et note de M. Percerou.

(4) La question était jusqu'ici controversée de savoir si l'action à la disposition des porteurs de parts était une action en nullité ou une action en dommages-intérêts. Par analogie avec la solution donnée dans son article 10 par la loi du 23 janvier 1929 pour le cas de dissolution anticipée de la société nous estimons devoir adopter la thèse de l'action en dommages-intérêts.

(5) Trib. Civ. Seine, 20 décembre 1894, (J. S. 1895.30).

que l'effet de ces modifications sur les droits des parts de fondateur est définitif. La loi du 23 janvier 1929 n'a considéré à ce sujet que trois hypothèses, modifications touchant à l'objet ou à la forme de la société, dissolution anticipée de celle-ci et conversion des parts de fondateurs en actions. Après avoir exposé les solutions données par la loi à ces divers cas, nous indiquerons celles qui nous paraissent devoir être adoptées pour d'autres éventualités importantes non envisagées par la loi.

240. — L'article 9 stipule que « les modifications touchant « à l'objet ou à la forme de la société ne seront valables qu'autant que l'assemblée générale des porteurs de parts, délibérant « conformément à l'article 6, aura approuvé ces modifications ». Une modification de cet ordre n'a pas directement pour effet d'augmenter ou de diminuer les droits des parts de fondateur, mais on ne peut nier qu'indirectement un tel changement exercera une certaine influence sur le montant en valeur absolue de la part de bénéfices revenant aux parts. Aussi la loi subordonne-t-elle la validité d'une telle décision au consentement des porteurs de parts. A ce sujet il y a lieu, de faire remarquer qu'une certaine contradiction paraît exister entre cette disposition et l'affirmation de l'article premier, selon lequel les porteurs de parts ne possèdent contre la société qu'un droit de créance éventuelle. Bizarres créanciers que ceux auxquels on reconnaît un droit de veto absolu dans une matière qui ne nous semble pouvoir intéresser que les seuls associés.

241. — Antérieurement à la loi de 1929 la légitimité de la dissolution anticipée de la société était dans tous les cas appréciée souverainement par les tribunaux. L'article 10 de la loi vient de consacrer tout au moins un cas dans lequel cette dissolution ne pourra être contestée par les porteurs de parts ; c'est celui où le bilan de la société accusera, après imputation des réserves, une perte au moins égale au quart du capital

social. Dans tous les autres cas la proposition de dissolution doit être soumise à l'assemblée générale des porteurs. Si la dissolution est approuvée, les porteurs de parts deviennent sans droit pour exercer de ce chef une action quelconque contre la société ; si, au contraire, l'assemblée des porteurs se prononce contre la dissolution, celle-ci n'en produit pas moins tous ses effets, conformément à la décision de l'assemblée des actionnaires, mais les porteurs de parts conservent alors contre la société une action en dommages-intérêts. Cette action, qu'ils ne peuvent exercer que collectivement, doit être engagée par l'organe de leurs représentants, et ce, à peine de forclusion, dans le délai de six mois à compter de la date de l'assemblée générale des actionnaires ayant voté la dissolution. Le dernier alinéa de l'article 11 précisant que les représentants nommés par les assemblées des porteurs de parts sont soumis aux règles générales du mandat, il convient, selon nous, de décider que les représentants ayant pouvoir d'intenter cette action au nom des porteurs devront être spécialement mandatés à cet effet, soit par l'assemblée qui se sera prononcé contre la dissolution, soit par une assemblée réunie postérieurement. Les juges du fond apprécieront alors souverainement le bien fondé des motifs invoqués à l'appui de la dissolution anticipée de la société.

242. — Enfin dans son article 8 la loi réglemeute une opération dont l'usage tend à se généraliser de plus en plus, à savoir la conversion des parts de fondateurs en actions. Tout d'abord une assemblée générale des porteurs de parts de la masse intéressée, délibérant conformément à l'article 6, devra donner son adhésion à la mesure projetée. Au surplus la conversion ne sera possible que si les deux conditions suivantes se trouvent réunies :

1°) La société devra posséder des réserves sociales, dont le montant sera au moins égal à celui de l'augmentation de capital

qui résultera de cette opération, celle-ci ne pouvant être réalisée que par l'affectation desdites réserves ;

2°) Les parts destinées à être converties en actions devront être créées depuis au moins deux ans ;

La première condition rend désormais impossible une opération qui consistait à procéder à une augmentation de capital par la conversion des parts de fondateur en actions, les porteurs de parts étant considérés comme effectuant à la société un apport en nature représenté par l'abandon de leurs droits et rémunérés par l'attribution d'actions créées à titre d'augmentation de capital. Cette opération était, selon nous, irrégulière, car les nouvelles actions représentaient un actif absolument inexistant et se trouvaient en conséquence sans cause juridique ; elle n'avait d'autre but dans la plupart des cas que d'induire en erreur les créanciers sociaux sur l'importance réelle du capital de la société.

L'augmentation de capital réalisée par voie de conversion des parts de fondateur en actions nécessitera-t-elle le recours à la procédure de vérification et d'approbation des apports ? Nous ne le pensons pas. En effet, l'opération peut s'analyser ainsi : rachat des parts par la société à l'aide de réserves antérieurement constituées et émission d'actions de numéraire dont le montant est payé par les souscripteurs, c'est-à-dire les porteurs de parts, par compensation avec la somme dont ils sont créanciers de la société pour rachat de leurs parts. Il n'y a donc pas apport en nature, mais uniquement souscription d'actions à libérer en espèces.

Etant donné leur nature d'actions de numéraire, les nouvelles actions ne pouvaient être soumises à la prohibition de négociation édictée par l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 ; c'est d'ailleurs ce que décide en termes précis le deuxième alinéa de l'article 8 de la loi du 23 janvier 1929. Mais si la deuxième con-

dition indiquée ci-dessus n'avait pas été exigée, cette omission aurait eu pour effet de rendre inopérantes les dispositions de l'article 16 de la loi du 31 mars 1927 prohibant la négociation des parts de fondateur pendant un délai de deux ans à compter de leur création ou de leur attribution, si celle-ci est postérieure à la création. C'est pourquoi la loi du 23 janvier 1929 s'oppose à ce que la conversion en actions des parts de fondateur soit décidée avant l'expiration de ce délai de deux ans.

243. — 2^o) La loi n'a donné de solution précise, en cas de modifications apportées aux droits des parts de fondateur, que pour les trois cas ci-dessus ; elle ne pouvait d'ailleurs se prononcer d'une manière particulière sur les nombreuses hypothèses dont la réalisation est susceptible d'apporter un changement à ces droits. Nous n'avons pas non plus cette intention, un tel examen dépassant de beaucoup le cadre de cette étude, mais il ne nous paraît pas inutile de signaler parmi les plus importants quelques-uns de ces cas spéciaux et d'essayer de dégager ainsi un principe directeur pour la solution des divers conflits susceptibles d'être engendrés par la divergence d'intérêts des actionnaires et des porteurs de parts.

244. — L'augmentation de capital est un incident, qui dans la vie des sociétés devient de plus en plus fréquent, mais rares sont les statuts qui, tout en prévoyant et en autorisant cette augmentation, réglementent les effets qu'elle doit avoir sur le droit des parts de fondateur. Le capital d'une société étant par exemple porté de 500.000 francs à un million de francs, la quotité allouée aux parts dans la répartition des bénéfices par les statuts originaires demeure-t-elle la même après la réalisation de l'augmentation de capital ? S'inspirant de considérations d'équité, certains auteurs enseignent que cette quotité doit subir une réduction inversement proportionnelle au montant de l'augmentation de capital par rapport au capital primitif, c'est-

à-dire que, si dans l'hypothèse envisagée les parts ont droit à 30 % des bénéfices annuels, leur participation ne sera plus que de 15 % après l'augmentation de capital. En effet, soutient-on à l'appui de cette théorie, les droits des parts ont été fixés en prenant comme base l'importance du capital originaire ; un capital double doit normalement permettre de doubler les bénéfices et le maintien de la quotité de bénéfices attribuée aux parts serait injuste, puisque, seuls, les porteurs qui n'ont en rien contribué au développement de l'entreprise, en profiteraient ; le dividende de chaque part se trouverait doublé alors que celui de chaque action demeurerait identique. Cette solution a, selon nous, le défaut d'être plus équitable que juridique. Les statuts constituent une convention librement formée entre les actionnaires et les porteurs de parts ; ils ont donc force de loi entre les parties contractantes et s'ils se bornent à stipuler que les parts auront droit à telle ou telle quotité des bénéfices, il serait inadmissible que ces conventions pussent être modifiées arbitrairement par une volonté unilatérale. Aussi estimons-nous que, dans ce cas, seule une décision de l'assemblée générale des porteurs de parts de la masse intéressée pourra, conformément à l'article 7 de la loi du 23 janvier 1929, consentir une réduction de la quotité attribuée aux parts dans les bénéfices sociaux.

245. — En cas de réduction du capital nous pensons que la même solution doit, pour les mêmes motifs, être adoptée et qu'en dehors d'une clause des statuts le prévoyant expressément, la quotité des bénéfices attribuée aux parts de fondateur ne peut être modifiée sans leur consentement. Cette opération, qui est le plus souvent la conséquence de pertes subies et a pour but de rétablir l'harmonie entre le montant nominal du capital social et la valeur réelle de l'actif, avantage d'ailleurs indirectement les porteurs de parts ; il en résulte, en effet, qu'à la dissolution de la société les actionnaires ne recevront à titre de rembour-

sement de leur mise sociale qu'une somme moindre que celle qu'ils ont effectivement versée et que le montant des bénéfices à répartir entre les parts et les actions sera plus important. La réduction de capital peut cependant être la source d'un véritable préjudice à l'égard des porteurs de parts, puisque restreignant les moyens d'actions de la société, au cas où elle est décidée en l'absence de toutes pertes, elle doit avoir pour effet logique de diminuer le montant des bénéfices. Il devrait alors, selon nous, être recherché si cette mesure répond à une réelle utilité et à l'intérêt commun des actions et des parts, ou bien si elle n'est réalisée que dans le but de faire échec aux droits légitimes des porteurs de parts, auquel cas ceux-ci auraient contre la société une action, dont les tribunaux auraient à apprécier souverainement le bien fondé.

246. — Enfin il est fréquent aussi que l'assemblée générale des actionnaires décide le rachat des parts de fondateur. Si les statuts de la société non seulement prévoient et autorisent cette mesure, mais indiquent de plus les règles selon lesquelles ce rachat pourra être opéré, aucune difficulté ne surgira. Dans le cas contraire, et conformément aux conclusions ci-dessus, l'opération ne pourra être réalisée, que si elle est approuvée par une décision de l'assemblée générale des porteurs délibérant dans les conditions de l'article 6 de la loi du 23 janvier 1929. La loi n'ayant pas indiqué la nature des fonds devant servir à ce rachat, celui-ci pourra avoir lieu, soit au moyen de bénéfices mis ou non en réserve, soit même à l'aide de sommes prélevées sur le capital social ; dans cette dernière hypothèse il en résultera alors une réduction du capital.

247. — 3°) En résumé, les droits des parts de fondateur ne peuvent être en principe modifiés sans le consentement des porteurs. Cela résulte, en effet, tout d'abord de l'esprit de la loi exposé par M. Levasseur dans son rapport précité du 7 juillet

1927 à la Chambre des Députés : il y indique que la loi proposée doit être votée afin que désormais un seul porteur ne puisse uniquement par mauvaise volonté faire échec à des mesures d'intérêt général adoptées par les actionnaires et les autres porteurs ; mais à l'unanimité des porteurs précédemment exigée, il ne fait que substituer la majorité, ce qui implique toujours la nécessité d'un consentement. De plus ce principe se dégage de divers textes de la loi et notamment de l'article 7, aux termes duquel l'assemblée générale des porteurs de parts régulièrement constituée, « peut consentir à toutes modifications » concernant le régime ou les droits des parts. Toutefois après avoir dans l'article 9 étendu ce droit à un cas spécial qui n'implique pas nécessairement une atteinte aux droits des parts, la loi formule une exception selon laquelle les porteurs **ne peuvent contester** la dissolution anticipée de la société prononcée pour perte du quart au moins du capital social.

Mais que décider dans l'hypothèse où une modification des statuts de la société votée par les actionnaires et devant exercer une répercussion sur le droit des porteurs de parts ne sera pas approuvée par l'assemblée générale de ceux-ci ? La loi du 23 janvier 1929, n'a pas donné de solution d'ordre général à ce sujet, celle qu'elle indique dans le 2^e alinéa de l'article 10 ne se référant qu'au cas spécial de dissolution anticipée décidée pour un motif autre que la perte du quart du capital social.

Or l'assemblée générale des actionnaires tient du nouvel article 31 de la loi du 24 juillet 1867 le droit de pouvoir modifier les statuts de la société dans toutes leurs dispositions, sans pouvoir cependant changer la nationalité de la société ni augmenter les engagements des actionnaires et ses décisions prises conformément à la loi sont souveraines.

D'autre part il ne nous semble pas que l'on puisse ici invoquer le bénéfice du 4^e alinéa de l'article 34 du Code de Commerce, qui ne vise que certaines catégories d'actions. Nous

pensons que les clauses des statuts d'une société établissent entre les porteurs de parts et les actionnaires un lien contractuel ; si ce lien est rompu, la partie, par la faute de laquelle cette rupture se produit engage sa responsabilité (1). Mais quand cette responsabilité, en l'occurrence celle de la société, sera-t-elle engagée ? Nous avons signalé que d'une part les droits des porteurs étaient intangibles sans leur consentement et que d'autre part les assemblées générales d'actionnaires avaient le pouvoir de modifier les statuts de la société. Il est donc nécessaire de concilier ces deux principes, dont l'application stricte conduirait à une impasse. La théorie dite de l'abus du droit en fournit, croyons-nous, la possibilité. En modifiant les statuts de la société, les actionnaires ne font qu'user du droit que la loi leur accorde et la maxime « *Neminem lædit qui suo jure utitur* » semble refuser contre eux à quiconque toute action de ce chef. Mais ce droit doit être exercé dans les limites implicitement prévues par la loi, c'est-à-dire dans celles du cadre de son utilité sociale ; il ne doit pas être détourné du but que la loi lui a assigné. Si donc la décision des actionnaires est commandée par les circonstances et par l'intérêt commun des actions et des parts, elle n'est que l'effet d'un droit licitement exercé et ne peut fonder une action contre la société ; si, au contraire, cette décision est prise sans nécessité et dans le seul but de porter atteinte aux droits légitimes des porteurs de parts, elle nous semble de nature à autoriser ceux-ci à poursuivre devant les tribunaux la réparation du préjudice qui leur est injustement causé. C'est aux tribunaux qu'il appartiendra d'apprécier souverainement si cette action est ou non recevable.

248. — Quelle sera la nature de l'action dirigée contre la société ? Action en nullité ou en dommages-intérêts ? Le 2^e alinéa

(1) Cass. 13 juin 1898, (S. 99.1.67).

de l'article 11 de la loi du 23 janvier 1929 défend aux représentants, c'est-à-dire aux mandataires des porteurs de parts, de s'immiscer dans la gestion des affaires sociales. Or s'opposer à telle ou telle décision de l'assemblée des actionnaires en en faisant déclarer la nullité constitue à notre avis une immixtion prohibée par la loi. Il convient donc selon nous de décider que l'action reconnue aux porteurs de parts ne peut être qu'une action en dommages-intérêts. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononce pour un cas spécial la loi du 23 janvier 1929 dans son article 10.

Toutefois cette action ne peut être l'œuvre d'un porteur isolé. D'après l'article 13, en effet, elle ne pourra être exercée contre la société qu'après une décision conforme de l'assemblée des porteurs de parts de la masse intéressée, ladite assemblée délibérant aux conditions de quorum et de majorité prévues par l'article 6 ; de plus, et par dérogation à la maxime que « nul ne plaide en France par procureur », elle sera introduite par un représentant de la masse élu par l'assemblée parmi ses membres et agissant au nom de cette masse. Ces dispositions de l'article 13 ne concernent cependant que les actions relatives aux droits communs à toutes les parts d'une même masse ; aucune prohibition de ce genre n'existe dans la loi pour les instances qu'un porteur croirait devoir engager dans un intérêt particulier contre la société ou certains administrateurs.

249. — Enfin dans son dernier article la loi du 23 janvier 1929 précise que ses dispositions seront applicables : 1° à tous les propriétaires de parts de fondateur et de parts bénéficiaires créées après sa promulgation ; 2° à tous les propriétaires de parts de fondateur et de parts bénéficiaires créées avant sa promulgation, lorsqu'ils ne seront pas déjà soumis à un mode de représentation collective vis-à-vis de la société ; toutefois les propriétaires déjà réunis en groupements assurant cette repré-

sensation pourront, après décision prise conformément aux statuts du groupement, déclarer se soumettre aux dispositions de la nouvelle loi, qui leur deviendra alors applicable dans son entier.

250. — La loi du 23 janvier 1929 a répondu à une nécessité, qui devenait chaque jour plus impérieuse, l'usage généralisé des parts de fondateur exigeant que, dans la vie des sociétés, des droits aussi importants fussent définis d'une manière précise et soumis à des règles déterminées. Mais serait-ce juste, ainsi qu'on serait tenté de le faire à la lecture des motifs invoqués à la Chambre des Députés pour justifier l'adoption de la loi, de la considérer comme ayant eu pour but principal l'intérêt des actionnaires ? Nous ne le croyons pas. Certes on ne peut nier que l'ancienne pratique, prescrivant que toutes modifications aux droits des parts de fondateur n'étaient valables qu'à la condition de réunir le consentement de l'unanimité des porteurs, était de nature à placer parfois, au cours de leur vie sociale, les sociétés créatrices de parts de fondateur dans des situations sans issue, et l'avantage considérable que retirent à ce sujet les actionnaires de la promulgation de la nouvelle loi, n'est pas contestable. Mais les porteurs de parts n'y ont pas moins gagné. En effet, même en faisant abstraction des facilités que procurait déjà à nombre d'entre eux l'organisation d'une représentation collective, facilités que la loi étend en les précisant à tous les porteurs non groupés, on ne peut considérer comme négligeables les droits nouveaux que la loi accorde à tous. C'est tout d'abord le droit absolu d'assister par l'intermédiaire de leurs représentants aux assemblées générales d'actionnaires, alors qu'auparavant cette prérogative leur était en général refusée ; ensuite le droit d'obtenir, toujours par l'intermédiaire de leurs représentants, les mêmes communications que les actionnaires et parfois même des communications aux-

quelles les actionnaires ne peuvent prétendre ; enfin le droit d'opposer un veto formel aux décisions prises par les actionnaires et touchant à l'objet ou à la forme de la société. L'intention du législateur n'a donc pas été de favoriser une des deux catégories au détriment de l'autre. Son but a été de réglementer une institution, qui ne l'était pas jusqu'alors ; il y est parvenu, sans toutefois que ses dispositions puissent échapper à toute critique, en consacrant la légalité des parts de fondateur, en fixant la nature de ces parts et en soumettant à un régime juridique uniforme tant les rapports des porteurs de parts et des actionnaires que ceux des porteurs de parts entre eux.

251. — C) Nous pensons devoir assimiler aux parts de fondateur ou parts bénéficiaires, dont le régime et les droits viennent d'être exposés, certains titres parfois émis par les sociétés commerciales et auxquels fréquemment, mais à tort selon nous, on attribue la qualité d'actions. Nous voulons parler des « actions industrielles » et des « actions de prime ».

Les actions industrielles sont créées et attribuées en rémunération du travail ou du concours qu'une personne s'engage à fournir à la société au cours de sa vie sociale ; elles ne donnent droit en général qu'à une part déterminée dans les bénéfices, à l'exclusion de tout droit sur l'actif social. Les actions de prime sont remises à certaines personnes pour reconnaître les services rendus par elles lors de la constitution de la société, sans que ces personnes aient effectué un apport quelconque en nature ou en espèces.

Les titres de chacune de ces deux catégories ne peuvent, à notre avis, être assimilés ni à des actions de numéraire, ni à des actions d'apport. En effet, ils ne correspondent à aucun versement en espèces et de plus ni les uns ni les autres ne représentent un des éléments de l'actif susceptibles de figurer au bilan de la société ; notamment les actions dites « industriel-

les » étant par définition attribuées en rémunération de prestations futures, ne se trouvent pas intégralement libérées lors de la constitution de la société et ne peuvent être considérées comme des actions d'apport. Par contre il est reconnu aux propriétaires de ces deux sortes de titres un droit de participation aux bénéfices sociaux, la quotité de cette participation pouvant être la même que celle des véritables actions, mais, n'ayant en rien contribué à la formation du capital social, ces mêmes propriétaires n'ont aucun droit d'intervenir aux opérations du remboursement du capital lors de la dissolution de la société.

Il en résulte que, ne pouvant prétendre qu'à une part des bénéfices réalisés par la société, c'est-à-dire ne possédant qu'un droit de créance éventuelle contre la société, les propriétaires « d'actions industrielles » ou d'« actions de prime » n'ont pas un droit différent, considéré dans son ensemble, de celui des porteurs de parts de fondateur ou de parts bénéficiaires. Il convient donc, selon nous, de décider que les diverses dispositions de la loi du 23 janvier 1929, sont applicables à ces titres comme d'ailleurs à tous ceux qui, en dépit d'une appellation usuelle mais erronée, ne peuvent juridiquement être considérés que comme des parts de fondateur ou des parts bénéficiaires.

252. — Les apports effectués à une société peuvent-ils être être indifféremment rémunérés au moyen d'actions d'apport ou au moyen de parts de fondateurs ? L'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 donne la réponse à cette question lorsqu'il déclare dans son 2^e alinéa que « les actions représentant des apports » devront toujours être intégralement libérées au moment de « la constitution de la société ». Il en résulte que seuls les biens, constituant un des éléments réalisables de l'actif de la société

et susceptibles comme tels de figurer au bilan, pourront donner lieu à la création d'actions d'apport pour une somme égale en valeur nominale à celle à laquelle ces biens auront été estimés. Par contre ce mode de rémunération ne nous paraît pas pouvoir être employé en ce qui concerne, soit les apports consistant en travail, industrie, crédit, concours industriel ou commercial, etc... soit les services rendus à la société : les premiers, qui ont pour objet des prestations futures, légitiment pour leurs auteurs une participation aux bénéfices au moyen de l'attribution d'un certain nombre de parts de fondateur ; quant aux seconds, nous pensons, ainsi que nous l'avons indiqué (V. *supra*, Première Partie, chap. II, section 7), qu'une somme fixe allouée une fois pour toutes sera suffisante pour les rémunérer.

Par ailleurs, nous estimons que pour certains apports, même représentant une valeur réelle susceptible de figurer à l'actif du bilan de la société, il serait prudent de ne pas envisager une rémunération effectuée au moyen d'actions d'apport. Il devrait en être ainsi notamment pour les brevets d'invention, les marques de fabrique, certains éléments incorporels dépendant d'un fonds de commerce, en un mot pour tous apports, dont la valeur a un caractère incertain et aléatoire. Un brevet d'invention, par exemple, ne vaut qu'autant que la découverte qu'il protège peut faire l'objet d'une exploitation industrielle et répond à un besoin économique ; ce n'est donc qu'à l'expérience que la valeur réelle de ce brevet pourra être déterminée ; en outre cette valeur sera plus l'effet de l'exploitation et de la publicité, dont le brevet aura fait l'objet de la part de la société, que des études et des recherches de l'inventeur. Il serait donc, à notre avis, peu prudent d'attribuer à l'apporteur d'un brevet une quantité déterminée d'actions d'apport, alors que l'on ignore encore la valeur industrielle réelle que pourra ultérieurement représenter ce brevet. Nous estimons que dans ce cas la rémunération au moyen de parts de fondateur ou de parts

bénéficiaires, tout en sauvegardant les droits de l'apporteur, répond mieux aux intérêts bien compris d'une société en formation.

La loi n'a toutefois rien prescrit à ce sujet ; les parties intéressées disposent donc de la plus entière liberté.

En résumé, tous les apports quels qu'ils soient, et même les simples services rendus à la société, peuvent valablement, en l'état actuel de notre législation, être rémunérés par l'attribution de parts de fondateur ou de parts bénéficiaires. Par contre des actions d'apport ne peuvent être créées qu'en représentation d'apports, dont la réalisation est complète au jour de la constitution de la société et qui possèdent une valeur réelle susceptible de figurer à l'actif d'un bilan.

CHAPITRE IV

Des sanctions civiles et pénales des règles prescrites

253. — Pour assurer le respect des règles énoncées dans les deux chapitres précédents et imposées aux sociétés par actions bénéficiaires d'apports en nature, le législateur a édicté plusieurs sanctions. La première et la plus importante consiste en la nullité de la société ; comme corollaire de cette nullité la loi établit ensuite la responsabilité civile de ceux qui devaient assurer la constitution régulière de la société ; enfin certaines infractions sont frappées de peines correctionnelles.

Les règles relatives à chacune de ces sanctions feront l'objet d'une section spéciale. Nous nous bornerons toutefois à l'examen des points ayant un lien direct avec le sujet précis de cette étude, laquelle ne nous paraît pas comporter une théorie d'ensemble des nullités de sociétés ou des responsabilités encourues pour cause de nullité.

SECTION 1

Nullité de la Société

254. — Aux termes de l'article 7 de la loi du 24 juillet 1867 « est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute « société en commandite par actions constituée contrairement « aux prescriptions des articles 1, 2, 3, 4 et 5 de la présente loi » et selon l'article 41 de la même loi « est nulle et de nul effet « à l'égard des intéressés toute société anonyme pour laquelle « n'ont pas été observées les dispositions des articles 22, 23, 24 « et 25 ci-dessus », étant indiqué que l'article 24 déclare applicable aux sociétés anonymes les articles 1, 2, 3 et 4 de la loi.

255. — A) De ces textes, il résulte que, particulièrement en ce qui concerne les règles afférentes aux apports en nature, une société par actions pourra être déclarée nulle dans les cas suivants :

1°) Défaut de libération intégrale des actions d'apport lors de la constitution de la société. C'est ainsi qu'un apport consistant en travail, ou industrie ou en un concours personnel ne pourrait être valablement rémunéré au moyen d'actions d'apport ; ces divers apports ne pourront, en effet, être entièrement réalisés que lors de l'expiration de la société et les actions qui seraient attribuées en représentation de tels apports dès la constitution de la société ne seraient pas émises conformément aux prescriptions de la loi. De même la société pourrait être déclarée nulle si des attributaires d'actions mixtes, c'est-à-dire d'actions représentant pour partie un apport en nature et pour partie un apport en numéraire, n'effectuaient pas, en plus de

la réalisation de leur apport en nature, le versement en espèces, de sommes égales à la différence entre le montant de la valeur de l'apport et celui de la valeur nominale des actions.

2°) Déclaration statutaire de négociabilité des actions d'apport avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date de la constitution de la société ou de celle de la réalisation définitive de l'augmentation de capital. Toutefois la négociation irrégulière d'actions d'apport pendant le délai de deux ans établi par la loi, en l'absence d'une clause particulière des statuts autorisant de telles négociations, serait sans influence sur la validité de la société ; la négociation seule serait nulle. La nullité serait de même encourue par une société, dont les statuts dispenseraient les actions d'apport pendant le même délai de demeurer attachées à la souche et d'être frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date de leur création.

3°) Défaut de vérification et d'approbation des apports en nature, hors le cas particulier prévu par le dernier alinéa de l'article 4 de la loi de 1867. Si la mise en société d'un bien quelconque est rétribué autrement que par des droits sociaux, cet acte juridique ne constitue plus, nous l'avons vu, un apport en société, mais bien selon les cas un contrat de vente, de bail, de prêt, etc... ; l'absence d'une procédure de vérification et d'approbation en ce qui le concerne ne pourrait donc être invoquée comme un cas de nullité de la société. Mais la solution contraire doit être adoptée si cette absence de vérification concernait un apport rémunéré pour partie au moyen de droits sociaux et pour partie par le versement d'une somme d'argent ou tout autre mode de paiement d'un caractère définitif et irrévocable. Il en serait de même s'il était établi qu'un apport réel, mais déguisé sous la forme d'une vente ou de tout autre contrat, n'a pas été soumis au contrôle des assemblées constitutives.

4°) Inobservation des règles prescrites quant à la convoca-

tion, la composition et le vote des assemblées constitutives. C'est ainsi que la nullité sera encourue :

a) si, dans une société anonyme, la convocation de la première assemblée constitutive est lancée avant qu'ait été effectuée la déclaration notariée de souscription et de versement, et à la condition cependant que l'ordre du jour de cette assemblée comporte, outre les mesures nécessaires à faire apprécier les apports, la vérification de cette déclaration. Toutefois deux arrêts de cassation, l'un de la Chambre civile du 6 novembre 1894 (S. 95.1.113) et l'autre de la Chambre des Requêtes du 31 décembre 1906 (S. 1909.1.137), ont estimé qu'il suffirait que cette assemblée fût tenue postérieurement à la déclaration ; mais les cas d'espèces particuliers dans lesquels ces arrêts ont été rendus nous semblent devoir en diminuer la portée quant à ce point particulier.

b) si, hors des cas spéciaux que nous avons signalés (*supra*. n° 154), une convocation spéciale ne précède pas la réunion de la seconde assemblée.

c) si la deuxième assemblée est tenue moins de cinq jours après la première.

d) si le rapport du ou des commissaires n'a pas été mis pendant cinq jours entiers à la disposition des actionnaires. (V. *supra*, n° 149, la question concernant l'impression du rapport).

e) si les assemblées ont délibéré sans avoir réuni le quorum de présence minimum établi par la loi.

f) si les décisions prises ont été votées à des majorités, soit inférieures à celles fixées par la loi, soit atteintes contrairement aux règles prescrites. Il en serait ainsi notamment si des souscripteurs d'actions de numéraire ne possédant que cette qualité avaient pu en leur nom personnel disposer de plus

de dix voix, ou si le droit de vote avait été refusé à certains d'entre eux. Y aurait-il encore nullité par le seul fait qu'un apporteur aurait pris part au vote ? Quelques arrêts ont adopté l'affirmative. Mais la plupart des décisions de jurisprudence, d'accord avec l'opinion prédominant en doctrine (1), soutiennent que la nullité n'est encourue qu'aux cas où, défalcation faite des voix du ou des apporteurs, la majorité acquise n'eut pas été obtenue. Cette seconde solution nous paraît préférable : elle se borne, en effet, à ne pas tenir compte du vote émis par l'apporteur, atteignant ainsi le but indiqué par le législateur tout en évitant la nullité de la société.

5°) Défaut de publication ou publication incomplète en ce qui concerne les apports. La nullité en résultant sera examinée au cours du chapitre suivant, qui aura pour objet l'étude de la publicité à laquelle sont soumis les apports en nature.

256. — Mais des causes autres que l'inobservation des règles prescrites quant aux apports en nature par la loi du 24 juillet 1867 peuvent entraîner la nullité des sociétés par actions bénéficiaires de tels apports.

Certaines de ces causes dérivent des principes que doit respecter tout contrat de société. C'est ainsi que la société sera nulle ou plutôt inexistante s'il est ultérieurement reconnu que les apports en nature, qui lui ont été effectués, étaient entachés de fictivité, l'apport d'un bien quelconque par chaque associé étant une des conditions essentielles requises pour la formation du contrat de société. La même sanction atteindra encore la société, si elle a reçu à titre d'apport des biens dont l'exploita-

(1) Paris, 17 novembre 1891, (S. 92.2.281) et sur pourvoi Cass. civ., 6 nov. 1894, (S. 95.1.113) ; Cass. req., 18 octobre 1899, (S. 1901.1.81) ; 31 décembre 1906, (S. 1909.1.137) ; 30 avril 1913, (S. 13, Bull. somm. 1.83). Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 713 bis ; Pic. *op. cit.*, n° 942 ; Hémard, *op. cit.*, p. 350.

tion par une société est déclarée illicite (office ministériel, officine de pharmacien, cabinet de médecin).

Enfin d'autres causes issues des règles générales du droit commun régissant la formation de tout contrat pourront aussi provoquer la nullité de la société. Ce sont tout d'abord les vices du consentement, qui pourront être invoqués, lorsque la valeur des apports en nature aura été à tel point majorée que les actionnaires pourront se prétendre victimes soit d'un dol ou d'une fraude, soit d'une erreur sur les qualités substantielles des biens apportés. L'apport en société d'un bien par un incapable, qui n'avait pas le pouvoir d'en disposer, pourra aussi avoir pour conséquence la nullité de la société. Enfin la société sera nulle pour objet illicite, lorsqu'elle recevra à titre d'apports des biens, dont l'exploitation en raison de leur nature même est prohibée par la loi (apport de remèdes secrets, d'animaux atteints de maladies contagieuses, de monuments historiques destinés à être vendus ; apport d'organisation ayant pour but la contrebande, la traite des nègres, la traite des blanches, apport d'une maison de jeu, d'une maison de tolérance).

257. — B) Sans nous arrêter aux nullités résultant des principes généraux, soit du droit commun des contrats, soit du contrat de société en particulier, lesquelles nullités sont absolues et d'ordre public en cas d'objet illicite, et relatives, s'il s'agit de vices du consentement ou d'incapacité d'une des parties contractantes, il y a lieu de rechercher quel est le caractère de la nullité issue de l'inobservation des prescriptions établies par la loi du 24 juillet 1867.

A ne considérer que les termes dans lesquels sont rédigés les articles 7 et 41 de la loi, aucun doute ne pourrait exister quant au caractère absolu et d'ordre public de cette nullité et sur ce point doctrine et jurisprudence étaient d'accord immédiatement après la promulgation de loi.

Il en résultait qu'une société atteinte d'un vice de constitution n'était pas susceptible de régularisation et que les actions en nullité dirigées contre elle n'étaient soumises à aucune prescription. Pour remédier à cette situation excessivement rigoureuse et dont le résultat était surtout de favoriser de nombreux chantages, l'article 3 de la loi du 1^{er} août 1893 a ajouté à l'article 8 de la loi du 24 juillet 1867 diverses dispositions, aux termes desquelles « l'action en utilité de la société ou des actes et dé-
« libérations postérieures à sa constitution n'est plus receva-
« ble, lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de
« nullité a cessé d'exister.... Si, pour couvrir la nullité, une
« assemblée générale devait être convoquée, l'action en nullité
« ne sera plus recevable à partir de la date de la convocation
« régulière de cette assemblée. Les actions en nullité contre
« les actes constitutifs des sociétés sont prescrites par dix
« ans... » La même loi en son article 5 a rendu applicables aux sociétés anonymes les dispositions ci-dessus.

Quel est, sous l'empire de la loi de 1893, le caractère de la nullité atteignant une société irrégulièrement constituée ? Il nous paraît difficile de donner à cette question une réponse absolue. En effet, cette nullité doit être demandée et ne peut être déclarée d'office ; elle peut être couverte par l'accomplissement de la formalité omise ; l'action qu'elle engendre se prescrit de plus par dix ans ; enfin les associés ne peuvent l'opposer aux tiers, tous caractères qui semblent devoir la faire ranger parmi les nullités relatives. Par contre, cette nullité ne saurait être couverte par une ratification expresse ou tacite des parties intéressées laissant subsister le vice initial ; tout intéressé peut s'en prévaloir, sous réserve de l'inopposabilité aux tiers par les associés ; enfin le demandeur en nullité ne fait qu'user d'un droit absolu dont l'exercice ne saurait le rendre passible de dommages-intérêts (Cass., 1^{er} février 1881, S. 83.1.415 ; 21 février 1885, S. 85.1.448). Aussi la majorité des auteurs considèrent

encore cette nullité comme absolue et d'ordre public, n'apercevant dans les atténuations apportées par la loi de 1893 qu'une dérogation aux conséquences rigoureuses des nullités absolues. Il nous paraît cependant difficile d'envisager comme telle une nullité susceptible de se couvrir et de se prescrire, et, en raison de l'impossibilité de la faire complètement entrer dans l'un des cadres prévus par la théorie générale des nullités, nous croyons pouvoir conclure qu'il s'agit ici d'un cas de nullité *sui generis* particulier à la matière de la constitution des sociétés par actions.

258. — C.) La nullité d'une société par actions, prononcée pour inobservation des règles constitutives concernant les apports en nature, ne présente aucun caractère particulier en ce qui concerne, soit les personnes admises à s'en prévaloir, soit la nature d'action sociale ou d'action individuelle de l'instance qui peut en être la conséquence, soit encore la procédure suivant laquelle l'instance doit être introduite et poursuivie, soit enfin l'autorité accordée à la décision qui déclare la nullité.. Par contre il y a lieu d'examiner spécialement comment la nullité encourue pourra, conformément à la loi de 1893, être couverte, lorsqu'elle aura sa cause, soit dans une absence de vérification et d'approbation des apports en nature, soit dans une vérification et une approbation des mêmes apports irrégulièrement réalisés.

Au cas où la nullité d'une société par actions résulte de l'inobservation des diverses prescriptions de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, elle pourra être couverte par la réunion ultérieure des deux assemblées exigées par ledit article, mais les conditions de convocation, composition et vote de ces assemblées devront alors en tous points être conformes à celles qu'exige la loi pour les assemblées constitutives. Quoique tenues au cours de la vie sociale, ces assemblées sont uniquement desti-

nées à remédier aux conséquences du vice de constitution, dont l'omission de vérification et d'approbation des apports a entaché la société, et les diverses clauses des statuts régissant les assemblées ordinaires ou extraordinaires ne sauraient leur être appliquées. Ces assemblées devront donc être convoquées séparément ; elles devront être réunies à un intervalle suffisant pendant lequel les actionnaires devront pouvoir prendre communication pendant cinq jours entiers du rapport du commissaire appréciant les apports ; tout actionnaire même propriétaire d'une seule action devra y avoir accès ; le quorum de présence pour une délibération valable sera celui fixé par l'article 30 pour les sociétés anonymes et indirectement par l'article 4 pour les sociétés en commandite par actions ; aucun actionnaire n'y pourra disposer de plus d'une voix, s'il s'agit d'une société en commandite, et de plus de dix voix si la société a été constituée sous la forme anonyme ; enfin les résolutions ne pourront être adoptées qu'à une majorité comprenant le quart des actionnaires et représentant le quart du capital en numéraire.

Si la vérification et l'approbation des apports ont été opérées, mais irrégulièrement, il ne nous paraît pas nécessaire de procéder à nouveau à toutes les formalités accomplies. Il sera suffisant, pensons-nous, de reprendre la procédure de vérification à partir du moment où l'irrégularité a été commise et de la poursuivre à nouveau jusqu'à son achèvement ; mais on ne pourrait se borner à satisfaire seulement à la prescription omise ou inexactement observée, la validité des formalités subséquentes se trouvant elle-même compromise. Au cas où, par exemple, la nullité proviendrait de ce que le rapport du commissaire aux apports n'aurait pas été réellement l'œuvre de la personne désignée par la première assemblée constitutive, il faudrait qu'un nouveau rapport fût rédigé, laissé à la disposition des actionnaires pendant le délai requis et qu'une nouvelle assem-

blée constitutive fût appelée, dans les conditions prescrites, à voter sur les conclusions de ce nouveau rapport ; mais les décisions prises régulièrement par la première assemblée demeureraient acquises et une nouvelle réunion de cette assemblée nous paraît inutile.

259. — Toutefois dans cette vérification des apports il y a lieu de préciser la manière dont les assemblées devront être composées, alors que depuis la constitution de la société il a pu être consenti, tant par les attributaires originaires d'actions d'apport que par les premiers souscripteurs d'actions de numéraire, un certain nombre de ventes ou de cessions d'actions. C'est ainsi qu'un apporteur aura pu s'être rendu acquéreur d'actions de numéraire ou que des actions d'apport auront pu être cédées à une personne qui n'avait au moment de la constitution de la société souscrit que des actions de numéraire. D'après quelles règles devra-t-on accorder ou interdire à un actionnaire la participation au vote. Un auteur (1) a soutenu que le cessionnaire d'actions avait le droit de voter dans ces assemblées dites « reconstitutives », car, selon lui, l'interdiction établie par l'article 4 de la loi de 1867 vise uniquement les personnes pouvant posséder un intérêt à l'approbation des apports, mais par contre n'est pas attachée aux titres remis en rémunération desdits apports. Adopter cette théorie, à la vérité subtile, mais que rien dans le texte de la loi ne nous paraît autoriser, serait d'ailleurs favoriser une fraude qui consisterait pour les apporteurs à céder tous leurs titres à des tiers, qui n'étant pas personnellement apporteurs pourraient prendre part au vote dans les assemblées de régularisation. En permettant de réparer l'irrégularité, qui entraînait la nullité, le législateur a entendu que les formalités accomplies dans ce but fussent sérieuses et capables de

(1) Genevois, *Rev. trim. du rég. des soc.* 1897, p. 37.

remédier au vice existant. Aussi pensons-nous que seuls devront être admis au vote les actionnaires ne possédant que des actions émises à l'origine contre espèces, tout cessionnaire d'actions d'apport étant frappé de l'interdiction établie par l'article 4, même s'il avait été lors de la constitution de la société souscripteur d'actions de numéraire (1).

260. — La régularisation opérée a pour effet de faire disparaître l'action en nullité, dont la société était menacée. Cet effet n'est d'ailleurs pas attaché à la seule réparation du vice et le législateur de 1893 a voulu que, dans les cas où la tenue d'une assemblée générale était nécessaire pour couvrir la nullité encourue, il suffit simplement de la volonté de la société clairement manifestée de procéder à la régularisation nécessaire, pour que l'action en nullité ne fût plus recevable, et cette volonté sera d'après lui manifestée valablement par la convocation régulière de l'assemblée générale. Afin qu'aucune contestation ne puisse s'élever sur la date réelle de cette convocation nous pensons qu'il sera prudent d'y procéder, quelles que soient les prescriptions des statuts à ce sujet, par la voie d'un journal d'annonces légales, dont un exemplaire sera soumis à la formalité de l'enregistrement pour acquérir date certaine. Il y a lieu toutefois d'indiquer ici que si la régularisation met fin à l'action en nullité, elle ne constitue pas un obstacle à l'exercice, soit de l'action en responsabilité civile, qui subsiste jusqu'à l'expiration d'un délai de trois ans à compter du jour où la nullité a été encourue, soit, le cas échéant, de l'action publique qui ne s'éteint que par la prescription de droit commun applicable aux délits.

261. — Enfin, en l'absence de toute régularisation, la loi de 1893 dispose encore que « les actions en nullité contre les ac-

(1) Dans le même sens. Trib. Comm. Seine, 21 janvier 1897, (J. S. 97.370) ; Lyon, 26 février 1903, (D. 1909.2.347).

« tes constitutifs des sociétés sont prescrites par dix ans ». Il en résulte que, quel que soit le vice dont puisse être entachée une société lors de sa formation, l'expiration d'un délai de dix années à compter du jour de sa constitution aura pour effet de soustraire cette société à toute action en nullité (1). Le législateur a pensé qu'après une telle période il était préférable de laisser subsister une société qui a « racheté sa tache originaire par sa « vitalité ». C'est d'ailleurs au fondement de cette mesure que s'attachent la majorité des auteurs pour enseigner qu'il ne s'agit pas là d'une réelle prescription reposant sur une idée de confirmation tacite, similaire à celle qu'invoque l'article 1304 du Code Civil, mais plutôt d'un délai préfix de déchéance, qui court contre toute personne et n'est pas susceptible de suspension ou d'interruption.

262. — D) Toutefois dans le cas où la nullité n'aurait pas été ou ne pourrait être couverte et où l'action serait intentée avant l'expiration du délai fixé pour l'accomplissement de la prescription, il convient de rechercher, sans toutefois se livrer à une étude complète des conséquences de la nullité d'une société, quels effets aura cette nullité sur les apports en nature effectués à la société.

Si l'on appliquait dans toute leur rigueur les principes de la théorie générale des nullités, une société déclarée nulle devrait, en vertu de l'adage « *quod nullum est, nullum producit effectum* », être réputée n'avoir jamais existé : par l'effet du jugement proclamant la nullité les choses devraient être remises en l'état où elles se trouvaient avant la constitution de la société irrégulière, le montant des souscriptions étant rembour-

(1) La loi n'indique pas le point de départ du délai, mais s'agissant d'actions en nullité contre les actes constitutifs des sociétés, nous estimons devoir faire courir la prescription du jour de la constitution définitive de la société.

sé aux souscripteurs et les apports en nature étant restitués aux apporteurs.

Mais de nombreuses raisons s'opposent à l'adoption d'un système aussi absolu, dont les effets seraient parfois en contradiction avec la loi elle-même et conduiraient trop souvent à des résultats non seulement contraires à l'équité mais encore immoraux.

En effet, il s'agit tout d'abord d'une nullité, dont les caractères ne sont ni entièrement ceux de la nullité relative, ni entièrement ceux de la nullité absolue. Pourquoi une nullité de nature particulière produirait-elle obligatoirement et identiquement les effets des nullités du droit commun ?

D'autre part et surtout une disposition formelle de la loi du 24 juillet 1867, précise que la nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés (art. 7) et sa portée suffit à rendre impossible l'application des principes généraux. Quoique ce texte figure dans le titre relatif aux sociétés en commandite par actions et ne se trouve pas reproduit sous l'article 41 édictant la même nullité pour les sociétés anonymes irrégulièrement constituées, les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître dans cette absence une omission involontaire du législateur vraisemblablement due aux nombreux remaniements dont cet article a été l'objet et pour en étendre les effets aux sociétés anonymes. Les travaux préparatoires ne laissent d'ailleurs aucun doute à ce sujet (1). Il résulte de ce texte que selon la qualité des intéressés la société devra être considérée parfois comme n'ayant jamais existé, parfois comme ayant eu

(1) Le rapport de la commission législative s'exprime ainsi : « L'article 41 conforme aux principes du code de commerce détermine la conséquence des infractions relatives à la constitution de la société en elle-même : nullité à l'égard des intéressés, inopposable aux tiers par les associés, telle est la règle conforme à la tradition, à la raison et à la morale, que reproduit l'article 41 ». (V. Tripiér, op. cit., t. I, p. 180).

une existence régulière jusqu'au jour de la déclaration de nullité.

D'ailleurs des considérations d'équité commandaient cette solution. Si notamment, en effet, la reprise des apports par leur auteur était autorisée, il en résulterait que, parmi les associés, les apporteurs en nature auraient souvent seuls la possibilité d'effectuer les prélèvements permis, les biens mis par eux en société se retrouvant encore dans le patrimoine commun, alors que, les espèces versées par les souscripteurs d'actions de numéraire ayant été dissipées, ceux-ci ne pourraient être remplis de leurs droits. De plus il est rare qu'une société déclarée nulle n'ait au moins quelque temps fonctionné et l'on ne peut empêcher que, parmi les faits, auxquels ce fonctionnement a donné naissance, certains d'entre eux ne subsistent. La société a acquis des créances, elle a contracté des dettes et l'annulation de toutes ces obligations tant actives que passives aurait pour effet, notamment en ce qui concerne les créanciers, de faire supporter les conséquences de la nullité par ceux-là seuls qui n'en portent pas la responsabilité. Enfin il convient, selon nous, de faire remarquer que les moyens utilisés par la loi pour renseigner les tiers sur la validité de la constitution d'une société par actions n'ont pas complètement atteint le but que celle-ci s'était assigné.

Le législateur a bien ordonné que tout requérant pût se faire délivrer une copie certifiée conforme des statuts ; il a prescrit qu'une expédition de la déclaration notariée de souscription et de versement ainsi que la liste des actionnaires et une copie de chacun des procès-verbaux des assemblées constitutives fussent déposées dans certaines greffes pour être communiquées au public. Mais ces diverses mesures, quoique fort utiles, ne peuvent être réputées suffisantes pour permettre à un tiers, après un examen même minutieux de ces divers documents, d'affirmer

sans erreur qu'une société est régulièrement constituée et par conséquent à l'abri de toute déclaration ultérieure de nullité. Si, en effet, certaines souscriptions ou certains apports sont entachés de fictivité, il sera impossible à ce tiers, même à l'aide des pièces qui lui auront été soumises, d'apercevoir le vice dont la société est atteinte. Ajoutons qu'en pratique et étant donné la rapidité avec laquelle les transactions commerciales doivent être conclues, une telle vérification sera matériellement impossible. Aussi était-il nécessaire de substituer au régime absolu établi par la théorie générale des nullités un système moins rigoureux tenant compte des légitimes intérêts en présence, sans toutefois parmi les tiers avantager les uns au détriment des autres.

En raison tant des textes législatifs et du caractère particulier de la nullité atteignant les sociétés irrégulières que des traces laissées dans la vie sociale par le fonctionnement de ces sociétés, la déclaration de nullité produit des effets distincts selon qu'il s'agit, soit des rapports des associés entre eux, soit de ceux des associés avec les créanciers sociaux, soit encore de ceux des associés avec leurs créanciers personnels, soit enfin des rapports des créanciers sociaux et des créanciers personnels des associés.

263. — a). — *Rapports des associés entre eux.* — Il y a lieu de distinguer suivant que la société a ou n'a pas fonctionné.

Si la société n'a pas fonctionné, elle est réputée n'avoir jamais existé et chaque associé peut reprendre les apports qu'il a effectués, sans être tenu de réaliser auparavant l'apport complet, auquel il s'était engagé.

Par contre si la société a commencé ses opérations et les a continuées pendant un temps plus ou moins long, la nullité n'aura pas des effets aussi absolus en ce qui concerne notamment

la rétroactivité. Tenant compte du passé la jurisprudence (1) et la majorité des auteurs (2) admettent qu'alors la nullité opère comme une dissolution et qu'il convient de procéder à une liquidation. Cette liquidation s'opèrera d'après les clauses des statuts. Il ne saurait être question dans ce cas de reprise de leurs apports par les associés. Abstraction faite cependant du cas où l'apport n'avait pour objet que la jouissance d'un bien, les biens mis en commun, en effet, sont devenus la propriété de la société, dont l'existence est reconnue en fait et c'est à l'aide du patrimoine ainsi constitué et subsistant au jour de la déclaration de nullité que seront désintéressés les créanciers sociaux, s'il en existe. D'autre part l'égalité devant régner entre les associés, il serait nécessaire dans les sociétés bénéficiaires d'apports en nature, où les actions de numéraire ne seraient pas encore intégralement libérées, que les sommes restant à verser sur lesdites actions soient payées par les souscripteurs. Toutefois, à moins que l'importance du passif ne l'exige, cette mesure nous paraît inutile si les apports en nature ne consistent qu'en prestations successives, telles que apport en jouissance, travail, industrie, concours personnel et si, les actions de numéraire étant toutes libérées du quart exigé par la loi, la société était déclarée nulle après avoir fonctionné pendant le quart du temps prévu pour sa durée ; il y aurait alors, en effet, égalité entre les divers associés. Mais en dehors de cette hypothèse, qui en pratique, se rencontrera rarement, les prélèvements à effectuer par un apporteur, qui s'est engagé à fournir de telles prestations, devront, selon nous, être réduits proportionnelle-

(1) Cass. 7 juillet 1873, (S. 73.1.388) ; 19 juillet 1888, (S. 91.1.51) ; 15 janvier 1889, (S. 91.1.196) ; 15 novembre 1892, (S. 93.1.364) ; 18 février 1903, (S. 1904.1.191) ; 14 juin 1910, (D. 1913.1.35) :

(2) Note Labbé, (S. 73.2.169), « Dissolution, tel est à notre avis le mot propre et non pas nullité » ; Pont, op. cit., n° 1263 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., n° 236 ; Thaller et Percerou, Traité élémentaire de droit commercial, 7^e édit., 1925, n° 370 ; Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 652 ; Hémard, op. cit., n° 465.

ment au temps pendant lequel il aura réalisé son apport ; sa contribution aux pertes devra, le cas échéant, subir la même réduction.

264. — b). *Rapports des associés et des tiers.* — Un principe domine les solutions à adopter dans les rapports des associés et des tiers, lesquels comprennent notamment les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés : c'est l'inopposabilité de la nullité aux tiers par les associés. Bien que tout intéressé ait le droit de demander la nullité de la société et que le tribunal saisi soit tenu de la prononcer dès qu'une infraction aux règles sanctionnées par la loi du 24 juillet 1867 est prouvée devant lui, cependant aucun associé ne pourra exciper de la nullité prononcée pour se soustraire à la réalisation complète de l'apport qu'il a promis d'effectuer.

1°). — Créanciers sociaux. — Dans leurs rapports avec les associés les créanciers sociaux ont le droit d'opter soit pour la nullité, soit pour la validité de la société. Ils auront en général intérêt à considérer la société comme régulière, cette solution ayant pour effet de leur conserver un droit de préférence sur le patrimoine social et la liquidation s'opérera pour eux comme en cas de dissolution pure et simple. Cependant un créancier social pourra trouver avantage à faire prononcer la nullité, lorsque notamment il voudra faire tomber une hypothèque consentie par la société à un autre créancier ; dans ce cas la société est réputée n'avoir jamais existé en tant que personne morale, les apports effectués constituent une indivision dont les associés sont les copropriétaires indivis et la liquidation doit être faite suivant les règles du droit commun en matière d'indivision.

2°). — Créanciers personnels des associés. — Le plus souvent les créanciers personnels des associés demanderont de leur propre chef la nullité pour ne pas subir le droit de préférence

des créanciers sociaux. Il s'agit alors comme précédemment de liquider une indivision. Comme tous créanciers, ils tiennent des dispositions de l'article 1166 du Code Civil la faculté d'exercer les droits de leurs débiteurs, mais en notre matière cette prérogative leur sera rarement avantageuse, car, en vertu du principe de l'opposabilité de la nullité aux tiers par les associés, la nullité obtenue par eux dans de telles conditions serait sans effet à l'égard des créanciers sociaux, qui jouiraient sans restriction de leur droit de préférence. Toutefois il est un cas où cette nullité demandée par les créanciers personnels des associés par voie d'action oblique leur serait favorable ; c'est l'hypothèse d'une société où, l'actif étant supérieur au passif, le partage effectué d'après les règles prévues aux statuts attribuerait à leur débiteur un lot supérieur en valeur à celui auquel il aurait droit d'après une répartition proportionnelle aux mises sociales.

265. — c) *Rapports des tiers entre eux.* — S'il arrive parfois que la liquidation d'une société annulée n'ait à se préoccuper que de créanciers sociaux, l'hypothèse la plus fréquente met en présence des créanciers sociaux et des créanciers personnels des associés. Nous avons précédemment indiqué qu'en général les premiers avaient à opter pour la validité de la société alors que l'intérêt des seconds était le plus souvent de se prévaloir de la nullité. La nullité étant un droit pour tout intéressé, il convient de décider que ce conflit devra être résolu au bénéfice des créanciers personnels des associés.

266. — Ce conflit, ainsi que celui qui peut se produire entre créanciers sociaux hypothécaires et créanciers sociaux chirographaires, posera souvent la question de savoir quel sort doit être réservé aux hypothèques consenties à divers tiers au cours de la vie d'une société ultérieurement déclarée nulle.

Dans un premier système que suivent la jurisprudence (1) et la majorité des auteurs (2) et qui s'appuie sur le principe de la rétroactivité de la nullité, on décide que « les biens immeubles, qui ont été apportés à une société annulée, doivent être réputés n'être jamais sortis du patrimoine de l'apporteur et être restés le gage de ses créanciers personnels » (3). D'après cette théorie les immeubles apportés à une société postérieurement annulée seront considérés comme ayant été frappés, même après la constitution de cette société, de toutes les hypothèques qu'aura pu consentir l'apporteur ainsi que des hypothèques légales ayant pu grever son patrimoine ou encore des hypothèques judiciaires ayant été inscrites de son chef. Par contre l'hypothèque constituée par la société sera nulle comme hypothèque de la chose d'autrui.

Une seconde opinion soutenue par M. le Professeur Hémard dans son traité des « Nullités de sociétés et des sociétés de fait », combat vivement le système de la jurisprudence et, sur la base de la notion de société de fait, valide les hypothèques ou privilèges consentis sur ses divers biens par la société annulée, à la condition toutefois que les formalités de transcription et de publicité requises par la loi aient été observées (transcription de la loi du 23 mars 1855 pour les immeubles, publicité de l'apport d'un fonds de commerce, mutation en douane pour les navires, etc....). A l'appui de sa thèse, M. le Professeur Hémard invoque d'une part la jurisprudence admettant le maintien des hypothèques constituées soit par l'héritier apparent, soit par les congrégations religieuses non autorisées, d'autre part le danger qu'offre pour les tiers le système de la jurisprudence et

(1) Cass. 14 avril 1893, (S. 97.1.487) ; 20 novembre 1901, (S. 1905.1.22) ; 7 juin 1904, (S. 1905.1.8). V. cependant Paris, 3 mars 1927, Gaz. Soc., 1927.100.

(2) Pont, op. cit., n° 1277 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., n° 240 ; Pic, op. cit., n° 299 ; Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 656.

(3) Cass. Req., 20 novembre 1901, précité.

les fraudes qu'il peut favoriser (Hémard, op. cit., n° 407 et s.).

Nous ne contestons pas l'utilité de la notion de société de fait et l'intérêt pratique des solutions qui en ont été tirées, mais en raison du texte formel du deuxième alinéa de l'article 7 de la loi de 1867, nous croyons devoir en limiter les effets aux rapports entre associés et créanciers sociaux ou créanciers personnels des associés. La nullité ne peut être, en effet, opposée aux tiers par les associés, mais la dérogation aux règles du droit commun impliqué dans ce texte doit être interprétée restrictivement et l'on ne peut en déduire l'impossibilité pour les tiers de s'opposer entre eux la nullité. Déclarer qu'en tout état de cause la société annulée vaudra dans le passé comme société de fait constitue, à notre point de vue, une extension des effets du deuxième alinéa de l'article 7 telle, qu'elle équivaut à une suppression pure et simple du premier alinéa du même article. Dans ces conditions il serait inexact de dire qu'une société peut être nulle, tout au plus pourrait-on dire qu'une société peut être dis-soute pour vice de constitution.

D'autre part l'argument se référant au système suivi par la jurisprudence dans la question des hypothèques constituées, soit par l'héritier apparent, soit par les congrégations non autorisées, ne nous paraît pas absolument convaincant. On peut, en effet, apercevoir un certain illogisme de la part de la jurisprudence à valider ces hypothèques, alors qu'elle refuse tous effets à celles qu'aura consenties une société ultérieurement déclarée nulle, mais ceci nous autorise-t-il à conclure que la solution adoptée dans le premier cas soit irréprochable ?

C'est pourquoi, en raison d'une part des effets qu'en principe la loi attache à la déclaration de nullité et d'autre part des modifications apportées à ces effets par le deuxième alinéa de l'article 7 de la loi de 1867, nous ne pouvons en l'état actuel des textes, que nous ranger à l'avis de la jurisprudence sur la question.

. 267. — Certes nous ne nions pas que le système de la jurisprudence ne puisse favoriser certaines des fraudes qu'indique M. le Professeur Hémard et qu'il n'ait pour résultat de faire subir un dommage à des créanciers, dont par hypothèse la bonne foi doit être admise et qui ne portent pas la responsabilité de la faute ayant engendré la nullité. Nous déplorons même vivement que notre législation puisse aboutir à de tels résultats. Mais, dira-t-on, les créanciers privés de la garantie hypothécaire, qui leur avait été consentie, auront leur recours contre les auteurs de la nullité. Nous ne pensons pas qu'il soit utile de faire remarquer que dans la plupart des cas malheureusement ce recours sera purement théorique et illusoire. Faudrait-il alors conclure avec M. le Professeur Planiol, qui, rappelant les efforts du grand jurisconsulte Demolombe pour justifier par des textes les décisions judiciaires rendues au sujet de la question similaire des actes accomplis par l'héritier apparent, s'exprime ainsi : « Il a cherché par tous les moyens à rattacher cette solution à des textes existants, mais vainement. Il n'y en a pas ; il faut déclarer hardiment que la loi doit fléchir devant un principe supérieur d'équité et de justice : la bonne foi des acquéreurs, l'erreur invincible dans laquelle ils sont tombés doit les protéger contre toute action » (1).

Sans entreprendre ici l'étude comparative des mérites du droit naturel et du droit positif, mais estimant d'une part que c'est dans le premier que le second doit puiser ses directives, d'autre part que c'est dans le second seul que doit être recherchée la solution des divers problèmes juridiques, nous pouvons uniquement souhaiter que dans un avenir prochain des modifications soient réalisées, qui mettront en harmonie nos textes législatifs avec les principes d'équité, qu'il est désireux de voir appliquer.

(1) Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e édit., t. III, n° 2060.

SECTION 2

Responsabilité Civile

268. — La sanction des irrégularités viciant la constitution d'une société par actions eut été incomplète si le législateur l'avait limitée à la nullité de la société ; après avoir établi que des fautes avaient été commises il fallait en atteindre les auteurs. Tel est le but des articles 8 et 42 de la loi du 24 juillet 1867, modifié par la loi du 1^{er} août 1893, lesquels sont ainsi conçus : Art. 8 : « Lorsque la société est annulée, aux termes « de l'article précédent, les membres du premier conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables, avec le gérant, « du dommage résultant, pour la société ou pour les tiers, de « l'annulation de la société. La même responsabilité peut être « prononcée contre ceux des associés, dont les apports ou avantages n'auraient pas été vérifiés ou approuvés conformément à « l'article 4 ci-dessus. L'action en responsabilité, pour les faits « dont la nullité résultait, cesse également d'être recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister, et en outre que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue ». Art. 42 : « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations « a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation. La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'article 24. L'action

« en nullité et celle en responsabilité en résultant sont soumises
« aux dispositions de l'article 8 ci-dessus ».

Certaines des règles ci-dessus en tant qu'elles concernent les personnes responsables et le caractère de la responsabilité étant différentes suivant qu'il s'agit d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme, nous examinerons tout d'abord les règles particulières à chacune de ces deux sortes de sociétés et nous étudierons ensuite les règles communes relatives à l'étendue de la responsabilité et à l'action en responsabilité.

269. — A). *Règles particulières à la société en commandite par actions.* — C'est au gérant qu'appartient le rôle prépondérant dans la constitution d'une société en commandite par actions ; c'est donc lui qui doit principalement supporter les conséquences de la nullité. Toutefois sa responsabilité n'est pas déclarée obligatoire par la loi dès qu'un vice de constitution a entraîné la nullité ; le texte de l'article 8 ne permet aucun doute à ce sujet.

Aussi les juges du fond ont à ce sujet un pouvoir souverain d'appréciation et la responsabilité du gérant ne sera prononcée qu'autant qu'une faute pourra lui être reprochée. D'autre part il n'est pas inutile de remarquer que cette responsabilité ne profitera pratiquement qu'aux actionnaires, car, de par sa qualité même, le gérant est déjà, envers les tiers étrangers à la société, responsable de l'intégralité du passif social.

Concurremment avec le gérant la loi déclare responsables les membres du premier conseil de surveillance, lequel, aux termes de l'article 6, « doit immédiatement après sa nomination, vérifier si toutes les dispositions contenues dans les articles qui précèdent ont été observées ». Comme dans le cas précédent cette responsabilité est déclarée facultative par la loi et laissée à l'appréciation des tribunaux, qui n'y auront recours qu'en cas de cause imputable aux membres du conseil. Le seul

fait, qu'une irrégularité commise sciemment par le gérant a entraîné la nullité de la société, ne serait pas, selon nous, suffisant pour fonder une action en responsabilité contre les commissaires, dont la surveillance même minutieuse a pu être paralysée par les manœuvres dolosives du gérant. De plus ce n'est pas aux membres du conseil de surveillance qu'incombe le soin de la constitution régulière de la société, ils n'ont qu'une mission de contrôle et les infractions commises ne sont jamais leur fait en tant que membres du Conseil de surveillance. Aussi la responsabilité qu'ils encourent nous paraît-elle pouvoir être qualifiée d'accessoire et leur permettre, selon la majorité des auteurs, d'exercer contre le gérant, auteur principal des infractions, un recours pour se faire indemniser par lui. Enfin, bien que le contraire ait parfois été soutenu, seuls peuvent être déclarés responsables de la nullité les membres du *premier* conseil de surveillance, qui seul a reçu de la loi la mission de vérifier les opérations de constitution. Si toutefois il était établi que les conseils, qui lui ont succédé, ont négligé de signaler un vice de construction, dont ils avaient connaissance, ils pourraient sans doute être déclarés responsables, mais l'action à intenter contre leurs membres aurait alors sa source dont les principes du droit commun et non plus dans l'article 8 de la loi de 1867.

En plus du gérant et des membres du premier conseil de surveillance le deuxième alinéa de l'article 8 prévoit que peuvent être aussi déclarés responsables de la nullité les associés qui n'auraient pas fait procéder, conformément à la loi, à la vérification et à l'approbation de leurs apports en nature. Cette responsabilité qui, comme les précédentes, est facultative et soumise à l'appréciation du pouvoir judiciaire, n'est cependant en jeu qu'autant que la nullité de la société a sa cause dans un défaut de vérification et d'approbation des apports en nature ou dans une vérification et une approbation irrégulières ; les apporteurs, qui n'ont pas fait vérifier leurs apports, ne pourraient

être recherchés si la société était, par exemple, déclarée nulle pour souscriptions fictives ou pour défaut de versement du montant du premier quart des actions de numéraire. Par cette disposition la loi a voulu vraisemblablement prévenir la collusion susceptible de se produire entre le gérant et certains associés d'une part et les apporteurs d'autre part et par laquelle ceux-là, accepteraient, moyennant la promesse par ceux-ci d'une partie du bénéfice injustement réalisé, d'accorder aux apports en nature une valeur exagérée sans vérification préalable.

270. — Pour toutes les responsabilités consécutives à la nullité d'une société en commandite par actions pour vice de constitution la loi ne prononce aucune solidarité. La responsabilité de chacun doit être appréciée séparément, d'après l'opinion généralement admise en doctrine et en jurisprudence. Toutefois s'il s'agissait d'une faute commune indivisible, à laquelle la participation de chacun ne pourrait être établie d'une manière exacte, il faudrait reconnaître aux tribunaux, d'après les principes du droit commun, le droit de prononcer une condamnation au montant total de laquelle chacun sera tenu ; il ne s'agit plus alors, selon nous, d'une véritable solidarité, mais plutôt d'une obligation *in solidum*.

271. — B). *Règles particulières à la société anonyme.* — La constitution d'une société anonyme est l'œuvre du ou des fondateurs. En l'absence d'une définition précise de ce terme donnée par la loi, la jurisprudence considère en général comme fondateurs ceux qui ont conçu et créé l'entreprise, dressé et signé les statuts, recueilli les souscriptions et les capitaux et réuni les assemblées constitutives. Il était logique qu'ils fussent les premières personnes déclarées par la loi responsables de la nullité de la société pour vice de constitution. A la différence de ce qui se produit pour les gérants de la société en commandite par actions, la responsabilité des fondateurs d'une société

anonyme est obligatoire pour le tribunal, qui ne peut se refuser à la prononcer dès que la nullité est déclarée pour infraction aux règles constitutives ; le pouvoir d'appréciation des juges du fond ne peut s'exercer que sur l'importance des condamnations.

Certains arrêts, invoquant le membre de phrase « auxquels la nullité est imputable » qui suit le mot « fondateurs » dans la rédaction de l'article 42, ont décidé qu'un fondateur ne pouvait être déclaré responsable qu'autant qu'il avait commis une faute personnelle (1). Nous ne pensons pas que ce soit là une exacte interprétation des intentions du législateur. Cette incidente nous paraît être moins la subordination de la responsabilité des fondateurs à une condition extérieure à la déclaration de nullité que l'affirmation d'un fait. En effet, la loi nous semble dire : si la société est nulle pour inobservation des règles prescrites, ce fait est imputable aux fondateurs qui ont reçu la mission de veiller à sa constitution régulière, sans qu'il soit besoin de rechercher si l'infraction commise a pour origine, leur ignorance ou leur négligence ou une intention frauduleuse. La théorie admise par ces arrêts est d'ailleurs difficilement conciliable avec la responsabilité obligatoire qu'encourent en tout état de cause les premiers administrateurs, qui n'ont pas eux-mêmes participé à la constitution de la société et n'ont même pas reçu de la loi la mission expresse de vérifier la régularité de cette constitution. Toutefois au cas peu probable où un fondateur justifierait d'une impossibilité absolue et insurmontable à s'être aperçu de l'irrégularité commise à son insu par ses collègues, nous pensons qu'aux termes du droit commun sa mise hors de cause devrait être prononcée (2).

En plus des fondateurs la loi fait aussi supporter la respon-

(1) Cass., 30 janvier 1893, (S. 97.1.493) ; Douai, 15 avril 1897, (S. 98.2.8).

(2) Trib. Comm. Marseille, 27 décembre 1924, Rev. dr. Fr. Com., 25-11-1924.

sabilité de la nullité aux « administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue ». Cette rédaction a soulevé diverses controverses. Certains auteurs soutiennent que les administrateurs, entrant en fonctions à l'issue de la seconde assemblée générale, ne sauraient être déclarés responsables des vices de constitution, attendu qu'ils ne peuvent avoir commis aucune faute susceptible d'entraîner la nullité, qu'ils n'ont en rien participé à la constitution de la société et qu'ils n'avaient de plus aucun moyen de s'opposer à l'irrégularité qui a été commise (1). Un autre système moins absolu limite l'extension de la responsabilité à ceux des administrateurs nommés par les statuts à l'exclusion de ceux élus seulement par l'assemblée générale, les premiers se trouvant, comme l'exige la loi, en fonctions au moment où la nullité est encourue (2). Ces deux opinions ne nous paraissent pas conformes au texte de l'article 42. Cet article tout d'abord ne fait aucune distinction d'après le mode de nomination des administrateurs. De plus il convient, croyons-nous, de faire remarquer que selon l'article 25 la société anonyme n'est définitivement constituée qu'après l'acceptation de leurs fonctions par les premiers administrateurs et les commissaires. Une société non encore constituée ne peut encourir la nullité et c'est au moment précis où, par l'acceptation des fonctions conférées, la personnalité civile de la société va prendre naissance, que la nullité sera encourue. Or, à ce moment tous les premiers administrateurs sont en fonctions et la loi ne dit pas qu'ils devront l'être à l'époque où l'irrégularité est commise, mais bien à celle où la nullité est encourue (3). Dans ces conditions et d'accord avec les termes de l'article 42, nous pensons

(1) Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 243.

(2) Pont, *op. cit.*, n° 1293 et s. ; Sic, Montpellier, 5 février 1880. (J. S. 80-193).

(3) Dans le même sens, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 794 ; Pic, *op. cit.*, n° 1029 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 669, et la majorité des décisions de jurisprudence.

devoir conclure que les premiers administrateurs sont obligatoirement responsables, abstraction faite de toute faute personnelle de leur part, de la nullité de la société anonyme prononcée pour constitution irrégulière. Certes la loi ne les oblige pas par un texte précis à vérifier les opérations de constitution, mais le législateur a considéré comme un devoir implicite pour eux d'effectuer cette vérification avant d'accepter leur mandat, pour ne pas entreprendre des opérations commerciales au nom d'une société susceptible d'être annulée ultérieurement.

Enfin comme dans la société en commandite par actions et d'après les mêmes règles, la loi prévoit que pourront également être déclarés responsables les associés, dont les apports en nature n'auront pas été ou auront été irrégulièrement vérifiés et approuvés.

272. — A la différence de celle des gérants et des membres du premier conseil de surveillance d'une société en commandite par actions, la responsabilité, par suite de nullité, encourue par les fondateurs, les administrateurs et les apporteurs d'une société anonyme est solidaire. Les tiers ou les **actionnaires lésés** peuvent donc poursuivre l'un quelconque des fondateurs et administrateurs et le cas échéant des apporteurs en réparation de la totalité du préjudice qu'ils estiment leur avoir été causé. En conséquence, et conformément au principe du droit commun des obligations établi par les articles 1213 et 1214 du Code Civil, celui d'entre eux, qui aura payé le montant intégral de l'indemnité fixée par le tribunal, possédera un recours contre ses codébiteurs solidaires pour leur réclamer leur part dans la dette. (Cass. 8 novembre 1886, S. 87.1.353 ; 23 janvier 1895, S. 96.1.387). Il a cependant parfois été soutenu que ce recours ne pouvait être admis, par le motif que l'auteur d'un acte délictueux ne peut l'exercer contre les coauteurs dudit acte (Paris, 27 décembre 1883, J. S. 85.22). Sans discuter ici la valeur de cet

argument, il convient de faire remarquer que nous sommes ici en matière civile et non pénale et qu'en conséquence le tribunal, qui aura à statuer sur le bien fondé du recours intenté, devra lui-même exclusivement se placer au point de vue civil.

273. — C.) *Règles communes aux sociétés par actions.* — a) *personnes responsables.* — En dehors de celles expressément désignées par la loi dans les articles 8 et 42, d'autres personnes peuvent aussi être déclarées responsables du dommage résultant pour les actionnaires ou les tiers de la nullité de la société. Mais leur responsabilité ne sera plus uniquement la conséquence du rôle assumé par elles dans la constitution de la société ou des fonctions qu'elles ont remplies dans la société ; cette responsabilité ne pourra être que l'effet, soit d'une faute commise par elles et considérée comme telle d'après les principes du droit commun, soit d'un des actes délictueux prévu par les articles 13 et suivants de la loi de 1867 ou de leur participation consciente à un de ces actes. Ainsi pourrait-on déclarer responsable le banquier qui, en déclarant faussement qu'il a reçu pour le compte de la société le versement intégral du premier quart, a facilité la constitution apparente et fictive de la société et trompé les porteurs d'actions sur la valeur des titres par eux acquis. (Cass., 16 mai 1896, D. 92.1.348).

Particulièrement la responsabilité des commissaires nommés pour procéder à la vérification des apports en nature peut être prononcée lorsque, à la suite d'un concert frauduleux entre eux et les fondateurs, ils ont dans leur rapport, soit affirmé des inexactitudes, soit attribué aux biens apportés une valeur incontestablement exagérée. Il n'est même pas nécessaire, croyons-nous, que la faute, qui leur est imputable, soit une faute de commission ; une négligence ou une omission présentant une certaine gravité nous paraît de nature à entraîner leur responsabilité ; il en serait ainsi notamment au cas où, pour éviter tout travail

personnel, ils se seraient contentés de signer sans vérification un rapport mensonger préalablement rédigé par les fondateurs, ou encore s'ils avaient omis sciemment de révéler l'existence de charges importantes grevant les apports. En principe le commissaire aux apports ne saurait s'exonérer de cette responsabilité éventuelle en excipant du délai insuffisant, qui lui a été accordé pour remplir sa mission ; à ce sujet cependant la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation a, dans un arrêt du 3 janvier 1900 (S. 1901.1.321), décidé que la société recevant à titre d'apport l'actif et le passif d'une autre société n'a aucune action en dommages-intérêts contre le commissaire qui, chargé de vérifier cet apport, n'a pas contrôlé la sincérité du bilan présenté par la société apporteuse, lorsque le court délai dans lequel il s'est acquitté de sa mission ne permet pas de supposer qu'il ait poussé jusque-là l'examen de la comptabilité, que le rapport en contient l'aveu exprès et que les juges du fond ont pu ainsi conclure que les actionnaires, partageant la confiance de leur expert, avaient en connaissance de cause considéré son travail comme suffisant. En raison toutefois du cas particulier qu'il relate, nous ne considérons pas que cet arrêt infirme le principe ci-dessus exposé.

En ce qui concerne les membres du conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions (abstraction faite de ceux du premier conseil) et les commissaires aux comptes des sociétés anonymes, et quoique la loi ne mette pas à leur charge la vérification des formalités constitutives, ils pourraient être déclarés responsables, encore par application des principes du droit commun, si, par suite de négligence dans l'exécution de leur mandat, ils ne révélaient pas aux actionnaires les vices de constitution, dont ils auraient eu ou auraient pu avoir connaissance par l'examen minutieux des documents qu'ils devaient se faire communiquer. (Trib. Com. Seine, 7 janvier 1926, Gaz. Soc., juillet-août 1926). Ce jugement ajoute qu'il n'y a pas lieu

par contre de rendre le commissaire des comptes solidaire des fondateurs, administrateurs et apporteurs, sa faute n'étant pas la même, mais nous ne pensons pas que cette solution puisse être érigée en principe, la question de la solidarité devant être, à notre avis suivant les cas, laissée à l'appréciation des tribunaux.

274. — b). *Mesure de la responsabilité.* — L'article 7 de la loi du 17 juillet 1856, pour la responsabilité des membres du premier conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions, et l'ancien article 42 de la loi du 24 juillet 1867, pour celles des fondateurs et premiers administrateurs des sociétés anonymes, avaient permis aux tribunaux de juger que ces responsabilités s'étendaient à la totalité du montant du passif social de la société déclarée nulle pour vice de constitution. L'abrogation de la loi du 17 juillet 1856 et la modification apportée à l'article 42 de la loi de 1867 par la promulgation de la loi du 1^{er} août 1893 a mis fin à cette jurisprudence d'une rigueur excessive et contraire aux principes généraux du droit, d'après lesquels l'étendue de la responsabilité doit être limitée à l'importance du préjudice causé. L'article 8 et le nouvel article 42 l'énoncent aujourd'hui d'une manière formelle.

Dans ces conditions la responsabilité de la nullité d'une société prononcée pour vice de constitution ne pourra être mise à la charge des diverses personnes visées par ces articles 8 et 42 qu'autant que sera administrée devant le tribunal la preuve qu'il existe un rapport direct et immédiat de cause à effet entre la nullité et le préjudice invoqué à l'appui de la demande. Par contre la demande devra être repoussée comme mal fondée, s'il apparaissait que la ruine de la société a son origine dans des causes étrangères au vice qui a entraîné la nullité, telles que des spéculations malheureuses ou la faillite du banquier qui avait reçu en dépôt les fonds de la société.

D'autre part, au cas où la responsabilité serait admise, le montant des dommages-intérêts alloués ne pourra être supérieur à l'estimation du préjudice subi, laquelle rentre dans les pouvoirs souverains des juges du fond. Ces règles sont valables aussi bien à l'égard des actionnaires que des créanciers sociaux. Il y a lieu toutefois de remarquer, ainsi que nous l'avons signalé plus haut, qu'en ce qui concerne les gérants des sociétés en commandite par actions la seconde de ces règles relative à l'importance des dommages-intérêts ne régit que les rapports entre actionnaires et gérants, ceux-ci étant vis-à-vis des créanciers tenus personnellement et indéfiniment de tout le passif social.

275. — c) *Action en responsabilité.* — Sans examiner ici les règles relatives à la nature, aux bénéficiaires et à la procédure de l'action en responsabilité, corollaire de l'action en nullité, nous nous bornerons à signaler sommairement les conditions de recevabilité de cette action ainsi que les délais pendant lesquels elle peut être intentée.

En principe l'action en responsabilité résultant des articles 8 et 42 n'est recevable qu'autant que la nullité de la société aura été préalablement prononcée par les tribunaux pour vice de constitution. Cette règle souffre cependant une exception prévue par le texte même de l'article 8, selon lequel, bien que la cause de nullité ait cessé d'exister, l'action en responsabilité est encore recevable, si trois ans ne se sont pas écoulés depuis le jour où la nullité était encourue. Mais dans ce cas, il appartiendra au demandeur en responsabilité de faire la preuve, pour obtenir gain de cause, que la société était lors de sa constitution entachée d'un vice de nature à provoquer sa nullité, s'il n'eût été réparé.

Dans quel délai l'instance devra-t-elle être introduite ? Sous l'empire de la loi de 1867, qui était muette à ce sujet, il était généralement admis qu'en l'absence d'une prescription spéciale

édictée par la loi, celle du droit commun, c'est-à-dire la prescription trentenaire, était seule applicable. Mais les modifications apportées par la loi du 1^{er} août 1893 ont abouti aux solutions suivantes :

Dès que la cause de nullité a cessé d'exister, l'action en nullité est éteinte et il en est de même par voie de conséquence de l'action en responsabilité, réserve faite pour le cas signalé plus haut, où il ne se serait pas écoulé au moins trois ans à dater du jour où cette nullité était encourue.

Si, dans le délai de dix années à compter du jour de la constitution définitive de la société, le vice de constitution de la société n'a pas été réparé et qu'aucune instance en nullité n'ait été introduite, l'action en nullité est prescrite et la société est réputée valable. Dans ce cas l'action en responsabilité s'éteint obligatoirement en même temps que l'action en nullité.

Enfin si la nullité a été demandée et obtenue, il n'existe plus dans la loi du 1^{er} août 1893 de délai particulier dans lequel l'action en responsabilité doit être intentée. Le droit commun, pensons-nous reprend alors son empire et la prescription trentenaire devra être appliquée (1). Ce délai de trente ans devra être calculé non à compter du jour de la constitution définitive de la société, mais à dater de celui où le jugement prononçant la nullité sera devenu définitif.

SECTION 3

Responsabilité Pénale

276. — Enfin pour mieux assurer l'observation de certaines de ses prescriptions la loi a édicté, en plus des deux sanc-

(1) Cass. 26 décembre 1910, (S. 1912.1.89).

tions précédemment signalées, diverses peines dont l'application est réservée aux tribunaux répressifs. Les infractions passibles de ces peines sont énumérées aux articles 13, 14 et 15 de la loi de 1867 compris dans le titre relatif aux sociétés en commandite par actions, mais déclarés applicables aux sociétés anonymes par l'article 45.

L'article 13 punit d'une amende de 500 à 10.000 francs « l'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2 et 3 de la présente loi ». En conséquence pour que l'infraction existe, il faut : 1°) que la société soit définitivement constituée (1) ; en effet, tant que dure la période constitutive, on ne peut assurer que la société est formée en contravention aux prescriptions de la loi puisqu'il est encore possible de remédier à l'irrégularité commise ; 2°) que la société définitivement constituée se trouve entachée d'un vice provenant de l'inobservation d'une des règles établies par les articles 1, 2 et 3 de la loi de 1867 ; tout autre vice de constitution serait bien susceptible de faire prononcer ultérieurement la nullité de la société mais n'engendrerait pas de responsabilité pénale aux termes de l'article 13 ; 3°) qu'il y ait eu émission d'actions ou de coupures d'actions par une telle société, c'est-à-dire création matérielle et remise à ceux qui les ont souscrits de titres définitifs revêtus des signatures exigées par les statuts ; la délivrance de certificats provisoires ne satisferait donc pas à cette condition. Ainsi constituerait un délit passible des peines portées par l'article 13 l'émission d'actions mixtes représentant pour partie des apports en nature et pour partie un versement en numéraire et qui ne seraient pas au moment de l'émission intégralement libérées en conformité du deuxième alinéa de l'article 3 ; il en serait de même de l'émission d'actions d'une société, dont une clause des statuts

(1) Sic, Arthuys, *op. cit.*, n° 678.

déclarerait qu'avant l'expiration du délai de deux ans à dater de la constitution définitive les actions d'apport pourront, soit être détachées de la souche, soit ne pas être frappées du timbre exigé, soit être négociées (1). Les sanctions prononcées par l'article 13 atteignent non seulement les auteurs directs de l'émission irrégulière, c'est-à-dire les gérants et les administrateurs, sauf à eux à prouver que l'opération leur a été dissimulée et que malgré leur vigilance, ils n'ont pu la connaître et s'y opposer (Paris, 2 février 1914, J. S., 1915.167), mais encore tous ceux, croyons-nous, qui ont, de quelque façon que ce soit et en connaissance de cause, facilité l'émission et qu'il y a lieu de retenir comme complices (Cass., 28 février 1885, S. 87.1.41 ; 20 avril 1888, S. 90.1.425).

277. — L'article 14 applique la même peine de 500 à 10.000 francs à « la négociation d'actions ou de coupons d'actions dont « la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des « articles 1, 2 et 3 de la présente loi », la même peine étant de plus prévue pour « toute participation à ces négociations ». L'infraction existera dès que de telles actions seront négociées, c'est-à-dire transmises par les voies commerciales du transfert, de l'endossement ou de la tradition, mais leur cession par les modes du droit civil ne tombera pas sous l'application de l'article 14. Il y aurait donc, selon nous, délit dans les termes de l'article 14 en cas de négociation d'actions d'apport non revêtues du timbre prescrit par l'article 3 et indiquant leur nature ainsi que la date de la constitution définitive de la société. Certains auteurs soutiennent que l'article 14 est inapplicable à cette hypothèse, attendu que les négociations, dont il s'agit, sont intervenues postérieurement à la constitution de la société et que

(1) Ne traitant cette question de la responsabilité pénale que dans la mesure où il existe quelque rapport entre elle et le sujet de cette étude, nous passons sous silence les autres infractions signalées par l'article 13. Nous observerons la même méthode pour les articles 14 et 15.

cet article paraît n'avoir visé que les négociations antérieures à cette constitution (1). Il nous paraît difficile de nous ranger à cet avis. Certes aucun de ces deux actes pris isolément, soit de négocier des actions d'apport avant l'expiration du délai de deux ans prescrit par la loi, soit d'omettre d'apposer sur ces actions le timbre requis, ne constitue une infraction pénale passible des sanctions de l'article 14, mais il nous semble difficile de soutenir que l'opération engendrée par leur réunion y échappe aussi. La loi punit la négociation d'actions dont la forme est contraire à certaines de ses prescriptions ; l'apposition du timbre qu'elle exige nous paraît bien être un des éléments de la forme régulière des titres en question ; si ce timbre fait défaut, la forme des titres est défectueuse et leur négociation doit entraîner l'application des peines de l'article 14 (2). Par contre, en raison du principe d'interprétation restrictive des dispositions pénales, les négociations de parts de fondateur de forme irrégulière ne nous paraissent pas constituer le délit établi par l'article 14 ; la législation récente sur les parts de fondateur, à savoir l'article 16 de la loi du 31 mars 1927 et la loi du 23 janvier 1929, n'ont d'ailleurs apporté aucune innovation ni modification à ce sujet.

De plus le deuxième alinéa de l'article 14 punit de la même peine : 1°) toute participation à ces négociations prohibées, c'est-à-dire que non seulement le cédant et le cessionnaire des titres encourront l'amende prononcée, mais encore qu'en seront passibles les intermédiaires, agents de change, coulissiers, banquiers, par les soins desquels la négociation aura été opérée (Cass., 6 juin 1885, S. 87.1.284) ; 2°) toute publication de la

(1) Trib. Comm. Seine, 23 mars 1900, (J. S., 1900.499) ; Sic, Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 732.

(2) Sic. Goirand, *op. cit.*, n° 460 ; Arthuys, *op. cit.*, n° 681 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 705.

valeur des actions irrégulières, soit par la voie de la presse, soit par affiches, prospectus, circulaires, etc...

278. — En raison de la rédaction même des articles 13 et 14 qui punissent, le premier l'émission, le second la négociation de certaines actions ou coupures d'actions, et ce sans distinguer parmi les diverses circonstances dans lesquelles l'émission ou la négociation aura pu être réalisée, il y a lieu, pensons-nous, de décider que le délit existera en dehors de toute mauvaise intention de ses auteurs. Il s'agit, en effet, d'une mesure de police et le fait seul est constitutif de l'infraction (Cass. Crim. 11 août 1859, S. 59.1.971). D'ailleurs les travaux préparatoires de la loi de 1867 (1) manifestent très clairement les intentions du législateur à ce sujet : il fut proposé un amendement qui permettait aux intermédiaires ayant participé à une négociation irrégulière d'exciper leur bonne foi ; cet amendement fut repoussé. On ne pourrait à plus forte raison reconnaître cette faculté à ceux qui sont directement intéressés à la négociation (2).

279. — Enfin, aux termes de l'article 15, sont punis des peines portées par « l'article 405 du Code pénal » (emprisonnement de 1 à 5 ans, amende de 50 à 3.000 francs) « sans préjudice » de l'application de cet article à tous les faits constitutifs « du délit d'escroquerie : 1°) ceux qui, par simulation de « souscriptions ou de versements ou par publication, faite de « mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté « d'obtenir des souscriptions ou des versements ; 2°) ceux qui, « pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont, de

(1) S. Lois annot. de 1867, p. 216.

(2) Certaines décisions de jurisprudence distinguent suivant qu'il s'agit d'action, dont le seul examen peut ou non révéler l'irrégularité. Cette théorie nous paraît à la fois contraire aux intentions du législateur et au texte de la loi.

« mauvaise foi, publié les noms de personnes désignées, con-
« trairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées
« à la société à un titre quelconque. ». Ainsi sera passible des
peines édictées par cet article celui qui, par une publicité faite
de mauvaise foi et dans le but de recueillir des souscriptions
ou des versements, aura sciemment majoré la valeur des apports
effectués à la société (Paris, 10 décembre 1902, R. S. 1903-110)
ou aura affirmé que les biens apportés sont libres de toutes
charges alors qu'ils sont en réalité grevés d'hypothèques ou
de nantissements. Mais trois éléments devront être réunis pour
la constitution de l'infraction ; il faudra : 1°) qu'un mode de
publicité quelconque ait été employé ; 2°) que la publication
des faits faux ait été faite en connaissance de cause, c'est-à-
dire de mauvaise foi ; 3°) enfin qu'elle ait eu pour but de
recueillir des souscriptions ou des versements.

En plus l'article 15 réserve formellement l'application des
peines de l'article 405 du Code pénal à tous les faits constitu-
tifs du délit d'escroquerie, permettant ainsi aux tribunaux de
prononcer les peines édictées par cet article même pour des
faits non expressément visés par l'article 15, mais réunissant
les éléments constitutifs de l'escroquerie. C'est ainsi qu'a été
considérée l'émission d'actions d'une société, dont le capital
se composait uniquement d'apports en nature, dont la plupart
étaient imaginaires ou tout au moins majorés de façon considé-
rable. (Cass. 6 février 1885, S. 85.1.233).

280. — L'intention frauduleuse figurant au nombre des
éléments dont la réunion est nécessaire pour constituer les in-
fractions définies par l'article 15, la nature de délit de ces in-
fractions n'a jamais été discutée. Il n'en est pas de même en
ce qui concerne les faits punis par les articles 13 et 14. Certains
auteurs, considérant que leur existence est indépendante de
toute mauvaise intention, les ont rangés parmi les contraven-

tions, leur appliquant les conséquences de la théorie dite des délits contraventionnels. Mais cette opinion n'a prévalu ni dans la jurisprudence la plus récente ni dans la majeure partie de la doctrine et, en conformité du 2^e alinéa de l'article premier du Code pénal, l'on décide aujourd'hui que les infractions réprimées par les articles 13 et 14, étant punies de peines correctionnelles, constituent bien des délits et non des contraventions. Il en résulte que toutes les règles édictées en matière de délits par le Code pénal et le Code d'instruction criminelle seront applicables à ces diverses infractions.

CHAPITRE V

Des formalités de publicité et de leurs sanctions

281. — Particulièrement dans l'intérêt des tiers,, qui seront ultérieurement appelés à traiter avec la société nouvellement constituée, le législateur a organisé un régime de publicité destiné à porter à leur connaissance les conditions dans lesquelles s'est réalisée cette constitution. Nous rappelons sommairement qu'aux termes des articles 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867 cette publicité comprend : 1°) le dépôt aux greffes du Tribunal de Commerce et de la Justice de paix, dans le ressort desquels est situé le siège social (sans préjudice des règles prescrites par l'article 59 pour les sociétés possédant plusieurs maisons de commerce), d'un original de l'acte constitutif auquel doivent être annexées diverses pièces ; 2°) la publication dans l'un des journaux d'annonces légales du siège social ou du siège des succursales d'un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées.

Nous examinerons tout d'abord les mentions relatives aux apports en nature qui doivent figurer dans l'extrait publié et ensuite les sanctions que comportent les infractions à ces règles.

SECTION 1

De la Publicité des Apports

282. — La publicité des apports fait dans la loi de 1867 l'objet de deux textes dont la concision donne lieu à certaines difficultés. L'article 57 stipule que l'extrait doit contenir « le montant du capital social et le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires » et le deuxième alinéa de l'article 58 ajoute « si la société est anonyme, l'extrait doit énoncer le montant du capital social en numéraire et en autres objets »...

Sommes-nous en présence de deux règles distinctes, suivant qu'il s'agit d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme ou ces deux dispositions ne renferment-elles qu'une règle unique applicable à toutes les sociétés par actions, mais énoncée sous une forme différente ? Nous croyons pouvoir répondre par l'affirmative à la deuxième question. Cette solution nous paraît, en effet, s'imposer par l'examen des textes cités. L'expression employée par l'article 57 exige que figurent dans l'extrait tout d'abord le chiffre auquel s'élève le capital social pris dans son ensemble et à côté de ce chiffre le montant des valeurs fournies ou à fournir ; la différence entre ces deux sommes représentera le montant du capital en numéraire, dont la société a la disposition. La prescription de l'article 58 n'a pas d'autre but : on indiquera d'une part le montant du capital

en numéraire et d'autre part celui du capital représenté par des objets autres que du numéraire ; le procédé diffère et au lieu de faire la différence des deux sommes énoncées, on en effectuera le total pour obtenir le montant du capital social intégral. Mais, dira-on, est-il admissible que le législateur ait éprouvé la nécessité, dans deux articles qui se suivent, de formuler la même règle d'une manière différente ? Un auteur a très justement fait remarquer que l'expression de l'article 57 « valeurs à fournir ou valeurs fournies par les actionnaires ou « commanditaires » était empruntée à l'article 43 du Code de Commerce abrogé par la loi de 1867, que cet article « ne s'appliquait qu'aux sociétés en commandite et qu'ainsi l'application de la règle aux sociétés anonymes aurait pu être mise « en doute si une disposition expresse ne l'avait pas reproduite « spécialement pour ces sociétés » (1).

283. — Nous considérerons donc que, quant aux apports, l'extrait à publier par les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes est régi par une règle identique, mais il convient d'examiner maintenant les mentions relatives aux apports qui devront figurer dans cet extrait. A n'envisager que les textes, il semblerait que la seule indication des sommes, l'une pour le capital social libéré ou à libérer en numéraire, l'autre pour le capital représenté par des apports en nature, fût suffisante, puisque d'après la loi c'est « le montant » qui doit figurer dans l'extrait. C'est d'ailleurs cette opinion qu'avait adoptée un arrêt de la Chambre des requêtes du 2 mars 1885 (S. 85.1. 362) et c'est, selon nous, la seule opinion conforme aux textes législatifs existants ; toute autre solution constituera en effet, une innovation comparable à celles qu'a si souvent réalisées le préteur romain.

(1) Pont, *op. cit.*, n° 1161.

Mais les bienfaits du droit prétorien ne sont pas niables et il est parfois nécessaire d'y avoir recours, lorsque le contenu des textes législatifs ne permet pas de résoudre les problèmes quotidiennement posés par les exigences économiques et sociales. Certes, il serait préférable de modifier sans retard en les complétant les textes déficients, mais lorsque de plus il est certain que l'intention du législateur n'a pas été fidèlement reproduite par les textes, il n'est pas moins utile, en attendant la réforme désirée, de remédier au moyen de certaines initiatives aux inconvénients constatés.

C'est ainsi que sous la pression des nécessités et peu de temps après l'arrêt précité de la Chambre des requêtes, un arrêt de la Chambre civile du 14 décembre 1886 (S. 87.1.310), suivi depuis par la jurisprudence et d'accord avec la majorité de la doctrine, s'est prononcé en sens contraire et a décidé que l'énumération des articles 57 et 58 est non limitative mais simplement énonciative. Quel est, en effet, le but assigné par la loi aux diverses formalités de publicité prescrites ? Révéler aux tiers l'existence de la personne morale nouvellement créée et notamment renseigner ceux qui seront appelés à traiter avec elle sur l'importance du gage que celle-ci sera capable de leur offrir. Or, ce but ne nous paraît pas pouvoir être atteint si l'on se borne à faire figurer dans l'extrait l'indication en valeur des biens apportés à la société. Il importe, en effet, aux tiers de connaître de plus la nature de ces biens, car ils ne comportent pas tous une même possibilité de réalisation ; c'est ainsi que la propriété d'un immeuble procurera à la société un crédit plus solide que celle d'un fonds de commerce, laquelle à son tour sera un instrument de crédit plus puissant que celle d'un brevet d'invention ou d'autres droits incorporels. Il nous paraît donc plus conforme aux intentions du législateur de mentionner dans l'extrait prévu par l'article 56, la nature des biens apportés ainsi que l'évaluation qui leur a été définitivement attribuée

par la seconde assemblée constitutive. De plus, il sera indispensable d'indiquer, et ce en raison même du texte de la loi, si les apports ont déjà été effectués ou s'ils doivent seulement être ultérieurement réalisés.

284. — Mais serait-il suffisant de publier uniquement pour chaque apport l'évaluation qui en a été adoptée par l'assemblée constitutive ? Le texte de la loi ne paraît pas exiger d'autre précision. Nous pensons toutefois que dans la pratique il serait utile d'indiquer le mode de rémunération dont tout bien apporté a été l'objet, si l'on veut que la publicité prescrite par la loi ne soit pas réduite à une simple formalité sans utilité. D'une part c'est parfois l'intérêt de la société ; si l'on se borne, en effet, à ne mentionner que l'évaluation d'un apport rémunéré, partie en actions d'apport et partie en parts de fondateur, seule la valeur nominale des actions attribuées pourra figurer dans l'extrait, les parts ne comportant pas de valeur nominale, et le crédit de la société en sera diminué puisque l'apport possédera en réalité une valeur supérieure à celle indiquée. Mais l'intérêt des tiers peut aussi le commander, notamment dans le cas où, en plus d'actions attribuées à l'apporteur, il est versé à celui-ci une certaine somme en espèces : ou bien l'extrait contiendra la mention de la valeur totale de l'apport, qui ne correspondra pas alors au montant des actions d'apport, ou bien il ne sera fait mention dans cet extrait que du montant des actions d'apport et les tiers seront induits en erreur, puisque la société ne disposera plus de la totalité des sommes portées comme étant en sa possession.

285. — Une autre question se pose alors : celle de savoir si l'extrait doit relater les charges qui peuvent grever tel ou tel apport. Ainsi par un arrêt du 19 juillet 1893 (S. 94.1.261) la Chambre des Requêtes a jugé que le fait que les apports des

fondateurs, d'abord rémunérés à concurrence d'une somme déterminée au moyen d'actions d'apport, devaient pour le surplus leur être payés dans un certain délai au moyen d'actions à émettre en numéraire, constituait une opération dont la mention dans l'extrait était exigée. Mais dans un cas d'espèce similaire la Cour de Poitiers a rendu le 31 mars 1924 (R. S. 1925.51) un arrêt en sens contraire, en faisant remarquer que cette opération ne diminue en rien le capital social, le passif pour supplément d'apports étant représenté par un actif correspondant. Nous croyons devoir adopter la thèse soutenue par l'arrêt de la Cour de Poitiers. La loi exige, en effet, que l'extrait énonce le montant du capital social, car c'est là le gage sur lequel les créanciers futurs de la société sont en droit de pouvoir compter ; or, dans l'hypothèse envisagée, ce montant a été exactement révélé aux tiers et l'opération, dont la Chambre des Requêtes exige la mention dans l'extrait, n'est pas de nature à diminuer ultérieurement le gage des créanciers, puisqu'elle n'aura pour effet que d'augmenter le capital, et ce du montant représenté par les nouvelles actions à émettre en numéraire. De même nous pensons qu'aucune mention spéciale ne serait à insérer dans l'extrait prévu par l'article 56, si des biens grevés de charges et apportés à une société ne figuraient dans la composition du capital social que pour leur valeur réelle de réalisation, déduction faite du montant de ces charges ; dans ce cas encore, en effet, le montant du capital social indiqué aux tiers est exacte et aucun passif ne le diminue au jour de la constitution de la société. Par contre nous estimons que tout passif grevant les apports devra faire l'objet d'une mention spéciale dans l'extrait, toutes les fois qu'il aura pour effet de réduire l'importance du capital porté à cet extrait dès le jour de la constitution de la société ; il en sera ainsi lorsque les biens apportés seront inscrits pour leur valeur totale, sans que celle-ci ait été diminuée du montant des charges, notamment dans le

cas où la société se sera engagée à payer un passif en l'acquit de l'apporteur.

286. — Enfin pour respecter les prescriptions des articles 57 et 58, il sera également nécessaire d'énoncer dans l'extrait les apports en industrie, travail ou concours personnel promis à la société, comme devant lui être fournis au cours de sa durée, bien que ces apports, n'étant pas réalisés et ne pouvant en conséquence être rémunérés par des actions d'apport, n'entrent pas dans la composition du capital social. Il y aura également lieu de procéder à leur estimation, la loi exigeant que soit indiqué « le « montant des valeurs fournies ou à fournir » ou le montant du capital « en numéraire et en autres objets » ; abstraction faite d'ailleurs de cette prescription de la loi, cette estimation serait indispensable pour pouvoir procéder à l'enregistrement de l'acte constitutif de la société.

SECTION 2

Des Sanctions des Règles prescrites

287. — Aux termes du dernier alinéa de l'article 56 de la loi de 1867 « les formalités prescrites par l'article précédent « et par le présent article seront observées à peine de nullité « à l'égard des intéressés ; mais le défaut d'aucune d'elles ne « pourra être opposé aux tiers par les associés ». Mais si le défaut de publicité est une cause de nullité des sociétés commerciales, en est-il encore de même de la simple omission dans l'extrait prévu d'une des mentions dont la publication intéresse les tiers ? La majorité des auteurs enseigne qu'aucun texte ne prescrit à peine de nullité l'observation des formalités prescrites

par les articles 57 et 58 et que, les nullités étant de droit étroit, la société ne pourrait être déclarée nulle pour une omission, à laquelle la loi n'a pas expressément attaché une aussi grave sanction : que dans ce cas ce n'est pas la nullité de la société qui intervient, mais simplement et d'après les principes du droit commun celle de la clause non publiée, qui devient ainsi inopposable aux tiers (1). Cette opinion nous semble résulter d'une interprétation trop littérale du dernier alinéa de l'article 56. En effet, quelles sont les formalités dont l'absence est sanctionnée de nullité par la loi ? D'abord le dépôt dans différents greffes de l'acte constitutif auquel devront être annexées diverses pièces, et c'est l'objet de l'article 55 : ensuite la publication d'un extrait de cet acte constitutif prescrite par l'article 56. Or que doit contenir cet extrait ? L'article 56 ne l'indique pas et si l'on est d'avis que la nullité n'est encourue qu'au cas où l'une des formalités énoncées dans ces deux articles 55 et 56 sera omise, il faut logiquement conclure que, quel que soit le contenu de l'extrait publié, il aura été satisfait aux prescriptions de la loi. Nous pensons au contraire que les articles 57 et 58 ne sont que le développement de l'idée apparue dans l'article 56 et qu'après avoir indiqué qu'un extrait devait être publié, le législateur indique les mentions qui devront figurer dans cet extrait : que dans ces conditions les articles 55, 56, 57 et 58 forment un tout inséparable et que la nullité sanctionne toutes les infractions aux règles établies par ces divers articles. C'est d'ailleurs la théorie adoptée par la jurisprudence (2).

La divergence existant sur ce point entre la doctrine et la jurisprudence disparaît cependant lorsqu'il s'agit de préciser la

(1) Note Labbé, (S. 78.2.225) ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 213 ; Pic, *op. cit.*, n° 314.

(2) Cass., 20 juillet 1870, (S. 72.1.65) ; 8 mars 1881, (S. 81.1.198) ; 2 mars 1885, (S. 85.1.445) ; 7 novembre 1899, (S. 1901.1.513) ; Sic. Mathieu et Bourguignat, *op. cit.*, n° 317 ; Pont, *op. cit.*, n° 1225 et s. ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 1213.

sanction qui frappera l'omission dans l'extrait d'une des mentions que les tiers peuvent avoir intérêt à connaître, mais dont la publication n'est cependant pas ordonnée expressément par les articles 57 et 58. L'une et l'autre arrivent alors à la même solution fondée sur l'absence de nullité prononcée par la loi et sur les principes généraux en matière de contre-lettres : elles déclarent alors inopposable aux tiers la clause non publiée (1).

288. — Quel est le caractère de la nullité d'une société prononcée pour défaut de publicité ou publicité incomplète ou irrégulière ? Comme la nullité pour vice de constitution, la nullité pour défaut de publicité ou publicité irrégulière emprunte certains des caractères de chacune des deux sortes de nullités reconnues par le droit commun. Ainsi que les nullités relatives, elle ne peut être opposée à tous par tous, car si les tiers peuvent toujours l'invoquer, les associés ne peuvent jamais s'en prévaloir à l'égard des tiers ; de plus, elle doit être demandée et les tribunaux ne peuvent la prononcer d'office. A l'instar des nullités absolues, au contraire, elle est, comme nous le verrons plus loin, sous certaines réserves, imprescriptible. Enfin, à l'encontre des effets ordinaires de toutes les nullités, elle n'agit pas rétroactivement dans les rapports de certaines parties entre elles. Ces diverses particularités nous obligent à reconnaître à cette nullité pour défaut de publicité ou publicité irrégulière un caractère *sui generis* de même nature que celui des nullités pour vice de constitution. Mais cette nullité sanctionne des formalités, qu'on ne peut nier avoir été prescrites dans l'intérêt de tous les tiers, quels qu'ils soient, étrangers à la société et nous pensons, en raison du but d'ordre social que le législateur a eu en vue, devoir la ranger parmi les nullités d'ordre public. Il s'agit donc, selon nous, d'une nullité *sui generis* d'ordre public.

(1) Cass., 22 décembre 1874, (S. 75.1.104) ; 29 juin 1881, (S. 83.1.218) ; 14 décembre 1886, (S. 87.1.310) ; 19 juillet 1893, (S. 94.1.261).

289. — Il existe cependant entre la nullité instituée par les articles 7 et 41 d'une part et celle que prononce l'article 56 d'autre part une différence profonde. L'article 8 précise, en effet, que la nullité pour vice de constitution ne sera plus recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité aura cessé d'exister et qu'en tous cas les actions en nullité pour les mêmes motifs seront prescrites, lorsque dix ans se seront écoulés depuis le jour où la nullité était encourue. En est-il de même pour la nullité pour défaut de publicité ou publicité irrégulière ? En l'absence de textes spéciaux et avant la promulgation de la loi du 1^{er} août 1893, il était généralement admis sous l'empire de la loi de 1867, que cette nullité était imprescriptible et cette solution se déduisait logiquement du caractère d'ordre public qui lui était reconnu (1). Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 1893, certains auteurs ont voulu étendre à la nullité pour défaut de publicité le régime de la courte prescription de dix ans établi par l'article 8 en faveur de la nullité pour vice de constitution (2). Ils ont invoqué à l'appui de leur thèse la situation dangereuse faite aux sociétés commerciales, qui, bien qu'ayant fonctionné longtemps et ayant ainsi donné des preuves de leur vitalité, demeureront sous la menace constante d'une action en nullité, au cas où une formalité quelconque prescrite aux fins de publicité aura été omise ou incomplètement accomplie. D'ailleurs, ont-il dit, les travaux préparatoires de la loi de 1893, et notamment le rapport de M. Clausel de Coussergues à la Chambre des Députés (3), paraissent révéler que l'intention du législateur était bien d'étendre à la nulli-

(1) Des auteurs enseignaient cependant déjà l'application, soit de la prescription décennale, soit de la prescription trentenaire.

(2) Gênois, *op. cit.*, n° 51 ; Trib. Nantes, 11 décembre 1897, (J. S. 1898.130) ; Lyon, 16 février 1909, (J. S. 1909.499).

(3) J. O. du 22 juillet 1893, Déb. parl., p. 2262.

té pour défaut de publicité les diverses innovations de l'article 8, savoir la prescription spéciale de dix ans et l'irrecevabilité de la demande en nullité après l'accomplissement, même hors délai, des formalités de publicité prescrites. Nous reconnaissons volontiers que les sociétés en butte à une action en nullité imprescriptible verront leur crédit considérablement diminué, si ce n'est même anéanti, par cette éventualité, mais on ne peut que constater qu'aucun texte n'a réglementé la durée de la prescription de cette action en nullité. D'autre part, l'argument tiré des travaux préparatoires, même appuyé des considérations d'ordre pratique ci-dessus, ne peut permettre d'ajouter à la loi, d'autant plus qu'il s'agit en l'occurrence de déroger au principe de l'imprescriptibilité tiré du caractère d'ordre public de la nullité envisagée. Nous croyons donc devoir conclure que, l'article 8 modifié par la loi de 1893 n'ayant apporté aucun changement au texte des articles 55 et suivants de la loi de 1867, l'action en nullité pour défaut de publicité ou publicité incomplète doit être déclarée encore aujourd'hui non susceptible de se prescrire par l'expiration d'un délai quelconque. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononce la majorité de la doctrine et de la jurisprudence (1).

On doit cependant reconnaître que les motifs qui ont déterminé le législateur à décider que les actions en nullité pour vice de constitution se prescriraient par dix années ne perdent rien de leur valeur lorsqu'il s'agit des actions en nullité pour défaut de publicité ; il conviendrait en conséquence qu'une prochaine modification des textes actuellement en vigueur permît de leur appliquer à toutes les mêmes règles.

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 218 ; Pic, *op. cit.*, n° 306 ; Hémard, *op. cit.*, n° 519 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 1215 ; Douai, 26 octobre 1911 (S. 1913.2.81) et note Japiot et 11 janvier 1921, (R. S. 1921.152).

290. — Toutefois le principe de l'imprescriptibilité de l'action en nullité pour défaut de publicité ou publicité irrégulière comporte une réserve et c'est dans le cas où la société procède, même après l'expiration des délais fixés par la loi, à la publication complètement omise ou irrégulièrement accomplie. Malgré quelques opinions dissidentes, qui n'ont pas été suivies, il est aujourd'hui généralement admis que la publicité tardive effectuée avant l'introduction de toute instance en nullité n'est pas inefficace et la discussion porte seulement sur les effets de cette mesure. D'ailleurs ne pourrait-on avec Paul Pont (2) invoquer à l'appui de cette solution un argument de texte tiré de la rédaction même de l'article 56, aux termes duquel, « les formalités prescrites seront observées à peine de nullité » et en déduire que la nullité sanctionne l'inaccomplissement de ces formalités et non pas le délai dans lequel il doit y être procédé.

291. — Les effets de cette publicité tardive seront différents selon que au moment où elle est effectuée la société aura ou n'aura pas de créanciers ; de plus ces effets devront être examinés séparément, suivant que l'action en nullité émanera des tiers ou des associés.

Si la société n'a pas de créanciers, aucune action en nullité de la part des tiers, ne sera recevable postérieurement à cette publicité. En effet ceux-ci n'ayant pas encore traité avec la société ne pourront se prévaloir d'une irrégularité à laquelle ils ne sont pas intéressés puisqu'elle ne leur a causé aucun préjudice ; bien plus à leur égard et pour les rapports qu'ils sont appelés à avoir ultérieurement avec la société, celle-ci est devenue absolument régulière et inattaquable. Si par contre la société a fonctionné et qu'en conséquence des tiers possèdent contre elles des droits acquis antérieurement à la publicité tardive, cet-

(2) Pont, op. cit., n° 1229.

te mesure sera inopérante à leur égard et ils conserveront le droit de demander la nullité de la société irrégulière avec laquelle ils ont traité. Cependant cette faculté n'est réservée qu'aux tiers ayant eu des rapports avec la société antérieurement à la publicité tardive ; les créanciers postérieurs ne pourront en jouir puisqu'à leur égard la société sera régulière. Ces solutions sont adoptées par la jurisprudence et la presque unanimité de la doctrine.

En ce qui concerne les associés, les effets de la publicité tardive font l'objet de controverses. Quelques décisions de jurisprudence soutiennent que la nullité étant d'ordre public peut toujours être invoquée par les associés alors même que la société aurait été ultérieurement publiée. Une seconde opinion enseigne que par le fait de la publicité tardive, la nullité est couverte entre associés et que toute action introduite par eux-ci doit être déclarée irrecevable (1). Enfin un troisième système permet aux associés de demander la nullité, lorsqu'il existe des créanciers antérieurs à la publicité tardive, lesquels peuvent se prévaloir de cette nullité ; il le leur refuse dans le cas contraire (2).

En raison de leur caractère trop absolu nous ne pensons pas que les deux premières opinions puissent être adoptées. Si, en effet, d'après la première on applique sans réserve les conséquences du principe d'imprescriptibilité, d'après la seconde, au contraire, on n'en tient aucun compte. Une solution intermédiaire doit, selon nous, être recherchée. En principe et étant donné son caractère d'ordre public, l'action en nullité établie par l'article 56 de la loi de 1867 est imprescriptible, mais par

(1) Pont, *op. cit.*, n° 1228 ; Amiens, 18 février 1878, (S. 78.2.97) ; Lyon, 5 avril 1881, (D. 82.2.32) ; Trib. Comm. Marseille, 20 décembre 1906, (J. S. 1908.69) ; Trib. Comm. Seine, 24 novembre 1916, (J. S. 1917.218).

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 214 ; Pic, *op. cit.*, n° 205 ; Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 216 ; Cass. 10 février 1879, (S. 81.1.210) ; 1^{er} mars 1882, (D. 83.1.131) ; Rennes, 16 mai 1898, (J. S. 1898-502).

ailleurs, comme nous l'avons montré, cette nullité ne réunit pas tous les caractères de la nullité absolue du droit commun ; elle n'est notamment pas opposable à tous par tous et surtout le demandeur en nullité doit justifier d'un intérêt pour que la demande soit accueillie favorablement. Or il est incontestable que les tiers ayant traité avec la société avant la publicité tardive ont acquis des droits que cette mesure ne saurait leur enlever et qu'en conséquence ils peuvent avoir intérêt à obtenir la nullité. Dans ces conditions, il ne nous paraîtrait pas conforme au texte de l'article 56 de refuser aux associés l'action en nullité, attendu que ces associés ont un intérêt indiscutable à se retirer d'une société, sur la vie de laquelle pèse une menace constante de nullité. Si par contre il n'existe aucun créancier antérieur à la publicité tardive, les associés n'ont plus intérêt à se retirer d'une société valable et régulière pour l'avenir et l'on doit déclarer irrecevable toute action en nullité de leur part. C'est pourquoi nous concluons que la troisième solution indiquée plus haut est la seule qui, à notre sens, doive être acceptée comme à la fois conforme au texte de l'article 56 et faisant une exacte application, dans le cadre de cet article, des conséquences de l'imprescriptibilité reconnue à la nullité pour défaut de publicité ou publicité irrégulière.

292. — Les effets de cette nullité, quant aux rapports, soit des associés entre eux, soit de ceux-ci avec leurs créanciers personnels ou les créanciers sociaux, étant à notre avis les mêmes que ceux de la nullité pour vice de constitution, nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre précédent, section 1.

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT FISCAL ET LES APPORTS EN NATURE

CHAPITRE I

De l'apport en société en droit fiscal

293. — Lorsque nous avons au début de cette étude énuméré les effets de l'apport en société, nous avons indiqué que, tout au moins au regard du droit civil, il s'opérait quant aux biens apportés, une transmission de propriété au profit de la société revêtue de la personnalité juridique. Il serait donc normal qu'au moment de l'enregistrement de l'acte constitutif de la société, il fût perçu un droit proportionnel de mutation, dont la quotité varierait avec la nature des biens, de l'apport desquels la société est bénéficiaire. Or cette règle logique n'a jamais été observée dans notre droit actuel et la loi fondamentale en la matière, à savoir la loi du 22 frimaire, An VII, art. 68, § 3,

n° 4, soumettait déjà à un simple droit fixe de 3 francs, « les « actes de sociétés qui ne portent ni obligation, ni libération, ni « transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés « ou autres personnes » ; ce droit fixe, porté à 5 francs par l'article 45 de la loi du 28 avril 1816, a été transformé par l'article 1^{er} de la loi du 28 février 1872 en un droit gradué ; enfin l'article 19 de la loi du 28 avril 1893 en a fait un droit proportionnel réduit, tout d'abord fixé à 0,20 % et qui par les lois successives des 29 juin 1918 (art. 15), 22 mars 1924 (art. 3) et 13 juillet 1925 (art. 40) a été porté respectivement à 1 %, 1,20 % et 3 %. Devant cette situation, que nous nous permettons de considérer tout au moins comme une anomalie, puisqu'elle paraît à première vue faire produire à un même acte des effets diamétralement opposés, selon qu'ils sont réglementés par telle ou telle branche du droit français, il ne nous semble pas inutile de rechercher les mobiles ou les raisons qui ont incité le législateur à adopter cette solution.

294. — a). Dans un premier système suivi par divers auteurs et décisions de jurisprudence, cette exemption du droit proportionnel est considérée comme une faveur accordée par la loi aux sociétés naissantes, faveur qui a pour but de ne pas entraver dès leur formation leur développement futur par la perception d'impôts onéreux, qui auraient souvent absorbé une grande partie de leurs ressources ; c'est, en effet, surtout à ses débuts qu'une entreprise a besoin de ses capitaux et son essor se serait trouvé paralysé si de trop lourdes charges lui avaient été imposées au moment même de sa création. A l'appui de cette théorie, on peut citer tout d'abord un arrêt des Chambres réunies de la Cour de Cassation du 29 décembre 1868 (D. 69.1.73) dont un des « attendus » est ainsi libellé : « Attendu que le paragraphe 6 du n° 2 de l'article 69 de la loi de Frimaire an VII « a apporté une exception à la règle qui frappe de 2 francs

« par 100 francs les ventes ou cessions d'objets mobiliers ;
 « qu'il a été évidemment édicté en vue de favoriser le commer-
 « ce et l'industrie en favorisant la circulation des capitaux qui
 « y sont engagés ». Plus probante encore par les termes qu'elle
 emploie est une requête de l'administration de l'enregistrement
 elle-même présentée avant un arrêt de la Cour de Cassation du
 28 décembre 1870 (S. 71.1.36) dans une affaire Deblon frères.
 « L'exception, peut-on y lire, se justifie d'elle-même. Comme
 « l'apport ou la mise en commun de quelque chose est pour
 « toute société une condition d'existence, le prélèvement de cet
 « impôt aurait eu pour résultat de diminuer le capital social
 « au moment même où la société a un besoin plus pressant de
 « ses ressources pour créer, en se développant, des richesses
 « nouvelles contribuant à l'augmentation de la matière imposa-
 « sable ». D'ailleurs la lecture des travaux préparatoires de la
 loi du 28 février 1872 ne fait que confirmer ce point de vue et
 le rapporteur de la Commission s'exprime ainsi : « On aurait
 « pu exiger un droit de mutation immobilière ou mobilière sur
 « le montant des apports sociaux : car l'apport en société entraî-
 « ne, en réalité, si ce n'est au point de vue du droit fiscal, une
 « véritable translation de propriété ; c'est pour favoriser la
 « création des associations que la loi de l'An VII a accordé cet-
 « te immunité aux sociétés » (1).

295. — En plus des avis concluants et autorisés qui viennent d'être cités, cette théorie a l'avantage de se concilier parfaitement avec la thèse du droit civil qui admet la transmission à la société de la propriété des biens apportés.

Toutefois des objections peuvent être soulevées à son encontre. C'est tout d'abord l'impossibilité de concilier cette théorie

(1) En ce sens, Maguéro, *Traité alphabétique des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, 1897-1902, 5 v. in-4°, v^o société, n^o 120 ; Garnier, *Répertoire général et raisonné de l'enregistrement*, 1901-1903, 7^e édit., 8 v. in-4°, éd. v^o, n^o 174 et s.

avec les conséquences admises par le droit fiscal. Si, en effet, l'apport en société réalise une mutation, que simplement par faveur la loi exempte du droit proportionnel, la société est devenue propriétaire sans qu'il y ait eu copropriété indivise entre les associés et il doit en résulter, lors de l'expiration de la société et de l'attribution des divers biens composant le patrimoine social, une nouvelle mutation soumise elle-même au droit proportionnel quelle que soit la qualité de l'attributaire (1), c'est-à-dire soit que l'apporteur reçoive sa propre chose, soit que celle-ci tombe dans le lot d'un coassocié : de plus aucune indivision n'ayant existé avant la fin de la société, le droit proportionnel doit être perçu sur le montant de la valeur du bien à l'expiration de la société.

Or, ainsi que nous le verrons, le droit fiscal fait dépendre lors de la dissolution de la société la perception du droit de mutation du fait que le bien apporté par un associé a été attribué à un autre associé ; de plus, il considère la valeur du bien au jour de l'apport pour la liquidation du droit. Cette divergence de solutions n'a d'ailleurs rien de particulièrement surprenant, en raison des points de départ opposés du droit civil et du droit fiscal en notre matière.

Mais on s'est servi contre la théorie ci-dessus exposée d'un autre argument d'ordre historique. Dans son rapport au Conseil des Cinq-Cents (séance du 6 fructidor an VII) Duchâtel s'est exprimé ainsi : « Pour pouvoir faire une juste application et
« ne pas frapper du droit proportionnel ce qui ne doit être as-
« sujeté qu'au droit fixe, la commission s'est attachée à ce prin-
« cipe que tout ce qui n'oblige, ne libère, ni ne transmet, ne
« peut donner lieu au droit proportionnel.... Tels sont.... les
« actes de sociétés, lorsqu'aucun des contractants ne s'oblige à

(1) Dans ce sens, note de M. Wahl, sous Cass. 28 janvier 1895, (S. 96.1.418).

« l'égard des autres... Ces actes, suivant le langage fiscal, sont « attributifs ou déclaratifs de propriété ou de jouissance, et cela « suffit pour les tenir dans la classe de ceux qui ne portent pas « transmission ». De plus le rapport de Cretet au Conseil des Anciens est à peu près conçu dans les mêmes termes. « Les inventaires de meubles, dit-il, les actes de société et les contrats « de mariage avec désignation d'apport étaient au droit proportionnel d'un demi pour cent ; cependant aucun de ces actes ne « contient ni obligation, ni libération, ni transmission, et par là, « ils se trouvaient en opposition avec le principe fondamental de « la loi nouvelle... ils ne sont que désignatifs et non translatifs ; « donc le droit proportionnel ne peut leur être justement appliqué ». De là à conclure que l'apport en société ne rendait pas celle-ci propriétaire, il n'y avait qu'un pas et ce pas fut rapidement franchi. Que représentent cependant les rapports de Duchâtel et de Cretet, sinon des opinions personnelles ? Sont-ils l'expression de l'exacte vérité ? Il est permis d'en douter, si l'on veut bien considérer que, de l'avis de nombreux auteurs, notre ancien droit paraît avoir reconnu la personnalité juridique des sociétés commerciales (1) et que d'autre part, aux termes des articles 31 et 87 du tarif du 29 septembre 1722, le contrat de société était assujéti comme tel au droit de mutation. De même si le droit intermédiaire par la loi du 5 décembre 1790 a soustrait les actes de sociétés au droit de mutation à titre onéreux de meubles ou d'immeubles, il les a néanmoins frappés d'un droit proportionnel de 0,50 %, ce qui implique encore autre chose que l'existence d'un acte purement déclaratif.

Enfin rien dans les annales législatives n'indique si le Conseil des Cinq-Cents et le Conseil des Anciens se sont ralliés

(1) Emérigon, *Traité des contrats à la grosse*, XII, 6. « La société « de commerce est une espèce de personne civile. Les biens de la société « considérés dans un certain rapport ne sont pas les biens des associés, « considérés en leur particulier ».

aux opinions de Duchâtel et de Cretet ou ont obéi à d'autres considérations. Aussi, ne nous paraît-il pas possible d'accorder suffisamment de force à cet argument pour rejeter la thèse suivant laquelle l'exemption du droit proportionnel, dont jouissent les apports en société, sont une marque de faveur et de bienveillance de la part du législateur à l'égard des sociétés.

296. — b) C'est cependant sur les rapports de Duchâtel et de Crétet que s'appuie une deuxième opinion suivant laquelle, en raison du caractère déclaratif de l'apport en société, l'associé reste, jusqu'au partage, propriétaire des biens apportés; si, en conséquence, ces mêmes biens lui échoient lors du partage, il n'a à payer aucun droit de mutation; le droit de mutation n'est dû que si les biens sont attribués à un associé autre que l'apporteur. M. le Professeur Wahl soutenant cette théorie, dans sa note précitée sous Cass. 28 janvier 1895, s'exprime ainsi : « Si en effet, l'apport en société n'est pas passible du droit de « vente, c'est qu'aux yeux de la loi fiscale, l'acte de société ne « modifie pas les droits respectifs des parties sur les immeubles « qu'elles apportent, et que tout associé est considéré jusqu'au « moment de la dissolution de la société, comme étant resté « propriétaire exclusif de son apport. Du moment, en effet, que « la loi, sans aucune restriction, soustrait cet apport au droit « de mutation, c'est qu'elle nie l'existence de la mutation... (1). Cette thèse a incontestablement l'avantage de se concilier plus facilement que la précédente avec les solutions données par le droit fiscal mais l'accord ne peut cependant être pleinement réalisé entre elles. En effet, si l'attribution du bien a lieu en faveur de l'apporteur lui-même, la propriété de ce bien, que, selon cette théorie, il n'a d'ailleurs jamais perdue, se trouve simplement confirmée et il ne devrait être logiquement perçu

(1) Dans le même sens, Trib. Béthune, 17 avril 1890, R. P. 7425 ; Trib. Coulommiers, 30 décembre 1892, R. P. 8216.

aucun droit proportionnel, pas même celui de partage, à l'occasion de cette attribution. Or, ainsi que nous le verrons, les attributions de cette nature sont déclarées par notre droit fiscal actuel passibles du droit de partage.

Mais telle n'est pas l'objection principale que nous avons à faire à ce système dit de la « mutation niée » ; si nous le considérons comme inacceptable, c'est particulièrement en raison de son opposition absolue avec certains principes du droit civil. Tout d'abord, il contredit le principe de l'effet déclaratif reconnu au partage dans notre droit ; car, si le bien est attribué à un autre que l'apporteur, hypothèse où le droit civil n'aperçoit qu'une opération de partage, c'est à ce moment précis que le système envisagé place l'existence de la mutation et autorise la perception du droit de transmission ; le partage n'est donc plus déclaratif, il est devenu translatif. Or, il ne saurait être question de discuter la nature des effets du partage en droit français en présence des termes précis de l'article 883 du Code Civil ; certes, cette théorie du partage déclaratif ne nous vient pas du droit romain, mais son ancienneté n'est guère contestable si l'on se rappelle que c'était là déjà l'avis de Dumoulin (1), et qu'un arrêt du 8 janvier 1569 fit une application de ce principe. Mais de plus cette théorie de la « mutation niée » conduit à la complète incompréhensibilité de toutes les conséquences reconnues à l'apport en société par le droit civil. Selon celui-ci, la société devenue propriétaire du bien apporté en a fait opérer la transcription, elle a pu valablement le grever au profit des tiers de diverses charges réelles et, pour légitimer une simple solution de droit fiscal, on édifie un système, qui, au mépris des règles les plus formelles, enseigne que le nouvel attributaire du bien apporté est l'ayant droit direct

(1). Coutume de Paris, de fiefs, § 1, glose 9, numéros 43 et 47.

de l'apporteur ! De telles conséquences aboutissent obligatoirement à la condamnation du système.

297. — c) C'est pour échapper à la contradiction existant entre la théorie de la « mutation niée » et le principe de l'effet déclaratif du partage que l'administration de l'enregistrement a créé sa théorie dite de la « mutation conditionnelle », laquelle est aujourd'hui confirmée par la jurisprudence constante de la Cour de cassation. D'après cette théorie, l'apport en société implique bien une mutation, mais tandis que cette mutation est au regard du droit civil pure et simple et définitive, elle est aux yeux du droit fiscal soumise à la condition suspensive de l'attribution du bien apporté, lors du partage du patrimoine social, à un associé autre que l'apporteur ; en d'autres termes, l'apporteur aliène la propriété de sa chose au profit de ses coassociés sous la condition suspensive de la mise de cette chose au lot d'un de ses coassociés par l'effet du partage. Dans ces conditions, ce n'est plus l'acte de partage, mais bien l'acte constitutif de la société même, qui constitue le titre de la mutation et l'on ne peut plus dire que dans ce système le partage soit translatif.

L'administration (1) invoque à l'appui de sa thèse l'autorité de Pothier, qui dans son traité de la Société s'exprime ainsi (2) : « Le contrat de société... ne vous y a donné (aux biens « apportés) qu'un droit conditionnel, dépendant de l'événement « du partage, pour le cas seulement ou par le partage ils tombaient dans votre lot... Si ce sont les héritages que vous « avez mis en communauté qui étoient dans mon lot, ils seront censés avoir composé ma part dans la communauté, dès « le temps du contrat de société par lequel vous les y avez

(1) Mémoire du 25 janvier 1897.

(2) Edit. Bugnet, chap. 9, n° 179.

« mis. Je suis censé les avoir acquis de vous en entier dès ce
« temps par le contrat de société, dès l'instant de ce contrat,
« et non pas seulement par le partage ». C'est dans le même
sens, d'après l'administration, que se sont prononcés Troplong
et Pont (1). Cet argument ne nous paraît nullement décisif. Il
n'a jamais été, en effet, dans l'idée des juristes cités par
l'administration de soutenir que le contrat de société n'était pas
autre chose qu'une transmission à titre onéreux réalisée sous
condition suspensive ; les extraits des œuvres de ces auteurs
ne tendent, selon nous, qu'à un but, exposer dans ses appli-
cations au contrat de société le principe de l'effet déclaratif
du partage. De plus, la doctrine de Pothier ci-dessus exposée
et reprise par Troplong et Pont n'a de valeur qu'autant qu'il
s'agit de sociétés ne jouissant pas de la personnalité juridique ;
or, cette personnalité est unanimement reconnue aux sociétés
commerciales, *a fortiori* aux sociétés par actions et les déve-
loppements de Pothier ne peuvent donc s'appliquer au partage
qui suit la dissolution de ces sociétés. C'est d'ailleurs ce que
reconnaît expressément M. Demante (2) sur l'opinion duquel
cependant s'appuie aussi le mémoire précité de l'administration.
Enfin, cette thèse est déclarée erronée par M. Naquet (3) qui
déclare qu'« il n'est pas exact que l'aliénation soit affectée d'u-
« ne condition, car la société acquiert des pouvoirs absolus sur
« les biens transmis, pouvoirs qui excluent toute idée de res-
« triction et si les biens peuvent faire retour à leurs anciens
« propriétaires, ce n'est pas en vertu d'un droit qu'ils auraient
« conservé, c'est en vertu d'un fait nouveau, n'ayant aucun ef-
« fet rétroactif ».

298. — De la théorie soutenue par l'administration, il ré-

(1) Troplong, Société, t. II, n° 1063 ; Pont, op. cit., n° 795.

(2) Demante, Principes de l'enregistrement, 4^e édit., 2 v. in-8°, n° 328.

(3) Naquet Traité théorique et pratique des droits d'enregistrement,
2^e édit., 3 v., in-8°, n° 374.

sulte que, la condition se réalisant, si par l'effet du partage le bien apporté est mis au lot d'un associé autre que l'apporteur, le droit proportionnel sera dû sur la mutation qui sera alors déclarée définitive. Mais les conséquences de cette théorie vont à nouveau heurter les principes du droit civil. En effet, ne devant son existence définitive qu'à la réalisation d'une condition suspensive, la mutation va agir avec effet rétroactif au jour de l'apport; le droit sera donc liquidé sur la valeur qu'avait le bien au jour de son entrée dans le patrimoine social; or, ceci est nettement contraire aux conséquences du droit civil, qui, reconnaissant la personnalité juridique aux sociétés, attribue la propriété du bien à la société pendant son existence, et ne peut logiquement faire remonter l'effet de cette mutation au delà du jour de la dissolution. De plus, et ceci est commun au système précédent et à la théorie de la mutation conditionnelle, lors du partage, l'attributaire, autre que l'apporteur, du bien apporté est considéré dans ces solutions comme l'ayant droit direct de l'apporteur, alors que regardé par le droit civil comme l'ayant droit de la société, il reçoit le bien, dont il est loti, avec toutes les charges réelles, dont la société a pu en tant que propriétaire le grever valablement de son propre chef.

Enfin, en droit français la transmission de la propriété se réalise, à l'égard des parties contractantes, par le seul effet du consentement. Or, même en admettant la thèse de l'administration, une des parties, c'est-à-dire l'apporteur, a bien manifesté par le seul fait de l'apport sa volonté d'aliéner, mais nous n'apercevons nulle part la manifestation correspondante d'acquiescer, qui se rencontrant avec la première réalise le concours de volontés indispensable pour engendrer une vente même affectée d'une condition suspensive. Peut-être pourrait-on répondre que, par leur seule adhésion au contrat de société, chaque associé exprime implicitement cette volonté. Mais alors comment rendre compréhensible la thèse de l'administration, si l'at-

tribution, lors du partage, est faite au profit d'un associé qui ne faisait pas partie de la société au jour de sa constitution ?

Malgré les nombreuses objections suscitées par cette théorie de la « mutation conditionnelle » la jurisprudence aujourd'hui fermement établie de la Cour de Cassation s'est cependant à diverses reprises prononcé dans le sens de l'administration et notamment dans les arrêts du 27 juin 1882 (S. 83.1.382 ; Instr. 2673, § 8) ; 28 janvier 1895 (S. 96.1.417, Instr. 2890, § 1) ; 3 juillet 1899 (S. 1900.1.149, Instr. 3004, § 5) ; 29 janvier 1900 (S. 1900.1.417) et 22 décembre 1904 (Chambres réunies, S. 1906.1.97. Instr. 3167, § 2). Certes il est permis de présumer que cette jurisprudence a pris naissance principalement sous l'impulsion des nécessités fiscales, mais la vive contradiction qu'elle laisse subsister entre l'application des principes du droit civil et les solutions du droit fiscal n'en est pas moins vivement à déplorer.

299. — d) D'ailleurs il faut reconnaître que cette contradiction ne pouvait être évitée, si l'on veut bien considérer l'antagonisme irréductible des principes de base sur lesquels les deux théories sont édifiées. Aussi n'essaierons-nous pas de trouver une nouvelle explication susceptible de les concilier ; nous préférons rechercher une solution, qui, tout en tenant compte autant que possible des intérêts du Trésor, permettra de réaliser l'accord tant dans les principes que dans leurs applications, entre deux branches si importantes de notre droit.

Partant de l'idée aujourd'hui généralement admise de la personnalité juridique des sociétés civiles ou commerciales, nous ne pensons pas que l'on puisse contester, parmi les effets de l'apport en société, celui d'opérer un transfert de propriété des biens apportés au profit de la société. Mais, a-t-on dit, « pour qu'il y ait transfert deux conditions sont nécessaires : 1° qu'il y ait un tiers à qui la propriété est transférée ; 2° qu'il y ait (en dehors de la donation) un prix qui soit l'équivalent de

« l'objet transféré... Or ces deux conditions manquent dans « l'apport » (1). Laissant la majorité de la doctrine et la Cour de Cassation répondre à la première objection, nous n'examinerons que la seconde. La présence d'un prix, au sens strict du terme, ne nous paraît pas, en effet, nécessaire pour réaliser un transfert de propriété ; il suffit, croyons-nous, conformément aux principes des contrats commutatifs, qu'un équivalent ou quelque chose regardé comme un équivalent soit fourni (art. 1104 C. Civ.) Or il est vraiment satisfait à cette condition dans l'apport en société, car les droits sociaux reconnus à l'associé constituant, à ses yeux tout au moins, l'équivalent de la valeur des biens apportés par lui. Il n'y a pas, il est vrai, de prix payable en argent, car alors l'apport perdrait sa nature, mais il y a « un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre » et telle est la définition que l'article 1702 du Code Civil donne au contrat d'échange.

Or, ne peut-on dire qu'entre l'associé apporteur et la société intervient un contrat d'échange ? Aucune des règles, en effet, régissant l'échange n'est contraire à celles qui doivent être appliquées à l'apport en société. Même dans le cas prévu par l'article 1704 du Code Civil où l'un des copermutants a livré une chose, dont il n'était pas propriétaire, la situation créée par le fait qu'un associé aurait apporté un bien ne lui appartenant pas et dont la société serait ultérieurement évincée par le véritable propriétaire, ne serait pas différente. Les droits sociaux attribués à l'apporteur défaillant seraient alors annulés et la nullité de la société, pour défaut de souscription intégrale du capital n'en pourrait être ni plus ni moins facilement prononcée. D'ailleurs, non seulement l'échange ne comporte pas de règles contraires à celles de l'apport, mais de plus certaines

(1) Pierre Bayart, J. S. février et mars 1923.

leur sont communes. Il en est ainsi de la plupart des prescriptions régissant la vente ; en outre le copermutant a droit aussi à une garantie contre l'éviction ; enfin, de même que la rescision pour cause de lésion n'est pas admise en matière d'apport en société, de même l'article 1706 du Code Civil déclare, vraisemblablement pour les mêmes motifs, qu'elle n'a pas lieu dans le contrat d'échange.

300. — S'il existe une telle similitude entre l'échange et l'apport en société, pourquoi ne déclarerait-on pas, sous réserve de certaines modifications, les apports en société passibles des droits perçus lors des échanges ? Il n'y aurait rien de changé en ce qui concerne les apports immobiliers puisque l'article 271, § 13, 4^e du Code de l'enregistrement pour lesdits apports et l'article 271, § 15, du même code pour les échanges immobiliers établissent le même droit de 5,40 %, qui dans les deux cas comprend la taxe de transcription. Par contre deux réformes seraient indispensables. La première aurait pour objet la réduction à 3 % sans décimes du droit de 6,60 %, en tant qu'il est actuellement appliqué aux échanges de meubles ; cette modification aurait tout d'abord pour résultat de faire disparaître l'anomalie résultant du fait que les ventes et les échanges de meubles sont frappés du taux uniforme de 6,60 %, alors qu'une grosse différence est faite entre les ventes et les échanges immobiliers, puisque les premiers acquittent un droit récemment fixé par l'article 2 de la loi du 31 juillet 1929 à 12 %, tandis que les seconds ne sont passibles, comme dit plus haut, que du droit de 5,40 % (1). La seconde réforme consisterait à exonérer les échanges tant mobiliers qu'immobiliers de la taxe com-

(1) On explique cette modération de tarif à l'égard des échanges immobiliers par le désir du législateur de favoriser l'agriculture ; or, le régime spécial applicable aux échanges d'immeubles ruraux nous paraît constituer une faveur suffisante, à laquelle d'ailleurs rien ne serait changé.

plémentaire et exceptionnelle sur la première mutation établie par la loi du 3 août 1926 (1). On décide, il est vrai, en droit fiscal que l'échange d'un immeuble contre des meubles constitue une vente (Dél. enreg. 23 février et 2 mars 1841, J. E. n° 12693). Cette nouvelle contradiction entre le droit fiscal et le droit civil disparaîtrait aussi par suite de l'adoption de la théorie ci-dessus.

L'apport en société ayant ainsi un caractère translatif reconnu tant par le droit civil que par le droit fiscal, l'attribution des biens lors de la liquidation de la société donnerait alors ouverture au droit proportionnel de mutation quel que soit l'attributaire ; mais ce droit proportionnel serait alors liquidé sur la valeur du bien au jour de la dissolution de la société et non à celui où l'apport a été effectué.

Cette solution n'aura pas pour effet, croyons-nous, de diminuer les ressources du Trésor, car la perception constante du droit de mutation lors du partage du patrimoine social compensera les pertes qu'il éprouvera par suite de la diminution du droit d'échange sur les meubles et de la suppression de la taxe de première mutation, cette taxe étant d'ailleurs condamnée par la force même des choses, à produire de moins en moins et à disparaître un jour. Par contre, cette solution est certainement plus onéreuse pour les associés puisqu'ils devront toujours ac-

(1) Un jugement du Tribunal de la Seine-Inférieure du 1^{er} décembre 1928 (Semaine juridique, 24-1-1929) a jugé que les échanges effectués sans soulte n'étaient pas passibles de la taxe de première mutation. C'est à notre avis une interprétation erronée des termes de l'article 18 de la loi du 3 août 1926 dans lequel les mots « avec soulte » ne se rapportent qu'au mot « partages » à l'exclusion du mot « échanges ». En effet, la taxe dite « sur la première mutation » ne peut frapper que les actes opérant mutation ; or, un échange effectué avec ou sans soulte constitue une mutation, tandis que le partage ne réalise une mutation que si il comporte une soulte et dans ce cas seulement à concurrence de la soulte ; par contre, le partage sans soulte est un acte purement déclaratif, qui ne pouvait par conséquent pas être frappé de la taxe dite « sur la première mutation ».

quitter le droit de mutation sur la valeur de leur allotissement. Cependant, nous ne pensons pas que même pour ce motif une réforme dans le sens ci-dessus, ou tout au moins aboutissant à un résultat similaire, ne puisse être réalisée. Le but assigné à cette réforme est de trop grande importance pour qu'on se laisse influencer par de telles considérations, puisqu'il s'agit de ramener l'ordre et l'harmonie dans un domaine de notre droit positif où ne règne actuellement que l'incohérence.

CHAPITRE II

Des droits applicables aux apports en nature lors de la constitution de la Société

301. — A la suite des diverses modifications, que nous avons indiquées au début du chapitre précédent, le droit d'apport en société est actuellement fixé, aux termes de l'article 40 de la loi du 13 juillet 1925, à 2,50 % plus deux décimes, soit 3 % (art. 271, § 13, 4^e, Cod. Eng.). Depuis la loi du 28 avril 1893, art. 19, l'ancien droit fixe gradué est donc devenu un droit proportionnel, mais prévenant les objections que cette transformation pouvait susciter contre sa thèse, l'administration faisait remarquer dès cette époque que ce n'était néanmoins pas un droit de mutation et que ce n'était pas autre chose « qu'un droit fixe transformé qui, comme tel, n'a pas son fondement dans un mouvement de biens ». (Instr. 3125.5).

302. — Avant d'examiner la manière dont ce droit est liqui-

dé, il ne nous paraît pas inutile de rappeler sommairement les conditions qu'exige l'application du droit d'apport en société.

Il est tout d'abord nécessaire qu'un acte, dans le sens spécial d'*instrumentum*, soit présenté à la formalité.

Les apports effectués à une société purement verbale. échappent donc à la perception des droits ; mais si ultérieurement l'existence d'une telle société est révélée au cours d'une instance judiciaire et constatée par un jugement, le droit de 3 % devient alors exigible (Trib. Villefranche, 31 août 1876, J. Enr., n° 20281) ; il en serait, croyons-nous, de même si un acte de société ou tout autre acte constatant l'existence d'une société et non préalablement enregistré était mentionné dans un acte public.

Il faut de plus que l'acte présenté contienne des stipulations telles qu'il en résulte un contrat de société, c'est-à-dire l'indication d'apports effectués par les parties dans le but de réaliser des bénéfices. Ainsi ne donnerait pas ouverture au droit d'apport l'enregistrement des statuts d'une association soumise à la loi du 1^{er} juillet 1901 ou encore d'une société d'assurances mutuelles, dont les membres ont pour but, non de réaliser des bénéfices, mais d'éviter des pertes (Sol. du 27 mai 1874).

En outre, il est indispensable, pour que le droit d'apport puisse être perçu, qu'au moment où la formalité est requise la société soit définitivement constituée. C'est ainsi que tous les actes préliminaires ou antérieurs à la constitution ne donnent ouverture, lors de leur enregistrement, qu'au droit fixe de 22 francs 50 : tels sont notamment un acte d'apport sous condition suspensive de la ratification par les assemblées constitutives, la déclaration notariée de souscription et de versement, la liste des souscripteurs, les statuts de la société timbrés et même signés par les fondateurs ; il en serait de même, le cas échéant, du procès-verbal de la première assemblée constitutive

contenant vérification de la déclaration notariée faite par les fondateurs, alors que la seconde assemblée, qui doit approuver les apports et prononcer la constitution définitive de la société n'a pas été tenue. Tous ces actes seront enregistrés au droit fixe. Le droit proportionnel de 3 % ne sera perçu que sur la présentation du procès-verbal de la deuxième assemblée constatant que toutes les formalités légales ont été accomplies et déclarant la société définitivement constituée.

Enfin le droit proportionnel de 3 % ne sera applicable que lorsqu'il s'agira d'apports purs et simples, c'est-à-dire d'apports rémunérés uniquement au moyen de droits sociaux faisant partager à l'associé les chances de bonne ou de mauvaise fortune de l'entreprise, également dénommés apports à titre gratuit. Par contre tout apport, dont l'équivalent sera versé à l'associé en valeurs autres que des droits sociaux (c'est-à-dire dans les sociétés par actions autrement qu'en actions d'apport ou en parts de fondateurs ou parts bénéficiaires), valeurs qui, lui étant définitivement acquises, seront soustraites aux risques courus par la société, ne sera pas passible du droit d'apport de 3 % mais bien du droit proportionnel de mutation afférent à la nature des biens composant l'apport : cette opération est désigné sous le nom d'apport à titre onéreux. Si un apport se trouve rénuméré pour partie par des droits sociaux et pour partie par d'autres valeurs, le droit de 3 % se perçoit jusqu'à concurrence du montant des droits sociaux reconnus à l'associé et le droit de mutation est exigible sur le montant des autres valeurs qui lui ont été remises : c'est alors un apport mixte.

Nous examinerons dans une première section les règles gouvernant la liquidation du droit de 3 % en ce qui concerne les apports à titre gratuit et dans une seconde section nous étudierons les droits applicables aux apports à titre onéreux.

SECTION 1

Des Apports à titre gratuit

303. — A) Aux termes de l'article 1^{er}, 1^o, de la loi du 28 février 1872 (Cod. eng. art. 47, n^o 19) la valeur des biens pour la liquidation du droit de 3 % est déterminée « par le « montant total des apports mobiliers et immobiliers, déduction faite du passif ». Ce droit, selon un arrêt de la Cour de Cassation du 15 décembre 1925 (Gaz. Trib., 30.12.1925) est dû d'après la législation en vigueur lors de la présentation à la formalité du procès-verbal de l'assemblée générale qui constate la constitution définitive de la société et non d'après la législation en vigueur au moment de la constitution de la société. Cette décision semble de prime abord être contraire au principe, d'après lequel, par exemple, les droits de mutation par décès sont dûs sur la base des tarifs existant au jour du décès et non au jour de la déclaration de succession, qui peut être effectuée six mois plus tard, mais nous pensons cependant devoir nous ranger à l'opinion émise par cet arrêt en raison de ce que, ainsi que nous l'avons signalé plus haut, ce n'est pas la constitution de la société qui donne ouverture au droit de 3 % mais uniquement la présentation à la formalité de l'acte constitutif.

Le droit de 3 % étant exigible sur le « montant total des « apports », il en résulte qu'il n'y a pas à tenir compte de la nature des différents biens apportés et que seule doit être prise en considération pour la liquidation du droit l'évaluation donnée dans l'acte aux apports effectués, qu'il s'agisse d'immeubles, de fonds de commerce, de créances, de brevets, d'apports en industrie ou en travaux, etc... De même la situation des im-

meubles est indifférente — qu'ils soient situés en France ou à l'Etranger (1). L'application de ce principe conduit aussi à percevoir le droit sur le montant des apports, même non réalisés, dès lors qu'ils sont simplement promis ; il faut toutefois qu'ils soient promis à terme et non subordonnés à l'accomplissement d'une condition suspensive. Ce n'est là d'ailleurs qu'une conséquence de la règle selon laquelle les conventions se forment par le seul effet du consentement. La réalisation ultérieure de l'apport promis ne donnera alors ouverture qu'à la perception du droit fixe.

304. — En ce qui concerne l'évaluation des apports, celle-ci est en principe dans les sociétés par actions fournies par le montant en valeur nominale des actions d'apport qui sont attribuées à l'apporteur. Il n'y a pas à distinguer si les actions remises en rémunération de l'apport confèrent à leur attributaire des droits supérieurs à ceux des autres actionnaires, parce que ce serait par exemple des actions de priorité (2) ou des actions à vote plural ; seule la valeur nominale des actions forme la base sur laquelle le droit de 3 % est liquidé. Mais que décider dans le cas où il résulte de l'acte que la valeur nette des biens apportés est supérieure au montant des actions remises à l'apporteur ? L'Administration décide que le droit est dû sur cette valeur (Sol. 11 juillet et 6 octobre 1910, T. A. 174-A). Cette solution a été critiquée comme étant contraire à la loi du 22 frimaire an VII, art. 16, qui n'exige une évaluation qu'autant que les sommes et valeurs ne sont pas « déterminées » ; or, ajoute-t-on, le montant nominal total des actions remises détermine cette valeur et il n'y a pas à tenir compte d'autres

(1) Sol. 25 avril 1874, J. E. 19446.

(2) Toutefois si les actions de priorité donnaient droit à un certain intérêt ou dividende en l'absence de tous bénéfices, nous pensons que le droit de mutation à titre onéreux serait dû ; il s'agirait, en effet, plutôt d'obligations dont le revenu est soustrait aux risques sociaux.

éléments. Nous pensons cependant devoir admettre la thèse de l'Administration. En effet, l'article 1^{er}, n° 1, de la loi du 28 février 1872 exige la perception du droit sur le montant total des apports mobiliers et immobiliers ; adopter la solution contraire serait prendre pour base de la liquidation du droit le capital social et non l'actif social net qui est égal au montant total net des apports ; le chiffre du capital ne constitue qu'un minimum opposable.

Mais tous les apports en nature ne sont pas obligatoirement rémunérés par des actions d'apport et certains d'entre eux peuvent l'être au moyen de parts de fondateurs ou parts bénéficiaires, qui par définition n'ont pas de valeur nominale. Dans ce cas, il doit être procédé par les parties à une évaluation de l'apport, soit dans l'acte lui-même, soit à défaut, par une déclaration estimative, certifiée et signée « au pied de l'acte » (loi du 22 frimaire an VII, art. 16). En l'absence d'évaluation et en cas de refus de souscrire la déclaration il ne doit pas être procédé à l'enregistrement de l'acte présenté (Cass. 2 juillet 1879, S. 80.1.39, Instr. 2626.6).

Cette évaluation sera fréquemment nécessaire dans l'hypothèse d'un apport d'industrie, lequel, avons-nous dit précédemment, ne nous semble pas devoir être rémunéré autrement que par l'attribution de parts de fondateurs ou parts bénéficiaires. Le droit de 3 % sera perçu sur le montant de cette évaluation. L'Administration avait d'abord soutenu (Sol. 8 juillet 1873, J. E., n° 19334), sur la base de l'article 1853 du Code Civil, que l'évaluation devait être faite d'après la division des bénéfices, mais elle a ensuite reconnu que la répartition des bénéfices ne peut servir que de présomption pour apprécier l'exactitude de la déclaration faite et que lorsque certaines clauses du pacte social peuvent être opposées à cette présomption, la perception du droit proportionnel doit être déterminée par l'estimation des parties (Sol. 27 juillet 1896, J. E., n° 25152).

305. — D'après la loi du 28 février 1872 le droit est dû sur le montant total des apports, mais déduction faite du passif ; il s'agit naturellement du passif pris en charge par la société et qu'elle doit ultérieurement acquitter. Nous verrons dans la section suivante que le montant du passif payé par la société est considéré comme un prix directement versé à l'apporteur et qu'il en résulte alors une mutation à titre onéreux à concurrence de ce prix, passible comme tel du droit proportionnel afférent à la nature du bien apporté. Cette règle de la déduction du passif doit toutefois, dans l'enregistrement des actes constitutifs de sociétés par actions, être combinée avec un autre principe suivant lequel le montant total des actions émises est passible du droit de 3 % sans aucune déduction. C'est dans ce sens que s'est prononcé le Tribunal Civil de la Seine par jugement du 24 avril 1875 (J. E., n° 19850) dans l'espèce suivante : des usines avaient été apportées, lors de sa constitution, à une société anonyme formée au capital de 4 millions de francs divisé en 8.000 actions de 500 francs et les 8.000 actions avaient été attribuées en rémunération de cet apport aux fondateurs, tous apporteurs et seuls actionnaires de la société ; de plus, ces usines étaient grevées d'un passif de 1.430.000 francs mis par l'acte à la charge de la société. Le Tribunal a jugé que le droit d'apport, alors de 0,20 %, était dû sur la totalité du montant nominal des actions remises aux apporteurs, c'est-à-dire sur 4 millions, valeur nette de l'apport effectué à la société et que de plus, la valeur brute de cet apport s'élevant à la somme de 5.130.000 francs, par suite du passif que la société devait elle-même acquitter, le droit de mutation devait être perçu sur le montant de ce passif (1).

306. — Il arrive fréquemment, que pour faire échec à la

(1) Voir dans le même sens, Trib. Seine, 24 décembre 1877, J. E., n° 20688 ; Trib. Pontarlier, 13 décembre 1906, R. E., art. 4344.

perception de droit d'apport de 3 %, la personne, qui se rend propriétaire d'un bien dans l'intention de l'apporter ultérieurement à une société non encore constituée, déclare l'acquérir « tant en son nom personnel que pour le compte d'une société en formation ». Le droit est-il légitimement perçu sur l'apport ainsi effectué lors de la constitution de la société ? Nous avons précédemment indiqué (V. *supra*, n° 114) qu'à notre avis une société non encore formée ne pouvait être sujet de droits ; en conséquence l'acte juridique, que l'on prétend réaliser en son nom, nous paraît inexistant et l'acquéreur seul, malgré la formule employée, est devenu propriétaire du bien. Nous estimons donc que le droit doit être perçu au moment où l'apport est effectué à la société, qui vient seulement de naître à la vie juridique. C'est dans ce sens d'ailleurs que se prononce la jurisprudence (2). Cette solution s'impose même en adoptant la théorie de l'Administration : l'acquisition du bien a engendré une mutation à titre onéreux entre l'ancien et le nouveau propriétaire, mais cette mutation est absolument indépendante de l'acte de nature toute différente réalisé par l'apport ultérieur, lequel, bien que n'opérant pas de transfert de propriété au profit de la société, donne néanmoins ouverture à la perception du droit spécial qui frappe tous les apports en société.

307. — B) L'apport pur et simple est cependant dans un cas particulier passible d'un droit supérieur à 3 %, à savoir lorsque l'apport aura pour objet un immeuble ou des droits immobiliers. Dans ce cas l'article 8 de la loi du 13 juillet 1911 (Code Enr. art. 271, § 13, 4^e, 3^e alinéa) stipule que « lorsqu'un acte de société constatant un apport immobilier ne donnera pas ouverture, à raison de cet apport, au droit de mutation entre

(1) Trib. Moulins, 16 décembre 1925, R. E. avril 1927 ; Trib. Montpellier, 17 mai 1926, R. E. mars 1927 ; Cass. Req., 23 décembre 1927, Semaine Juridique, 9-16 février 1928.

« vifs à titre onéreux, le droit d'enregistrement exigible, sur
« la valeur en capital de cet apport, en vertu de l'article 19 de
« la loi du 28 avril 1893, sera augmenté du droit de 1,50 %
« édicté par l'article 25 de la loi du 21 ventose an VII et de
« deux décimes et demi de ce droit ; la formalité de la trans-
« cription au bureau du conservateur des hypothèques ne don-
« nera lieu à aucun droit proportionnel autre que la taxe éta-
« blie par la loi du 27 juillet 1900 ». Antérieurement à la pro-
mulgation de cette loi une jurisprudence constante décidait au
contraire que les apports immobiliers à titre gratuit n'étaient
pas passibles du droit de transcription et c'est à l'instigation
de l'administration, qui estimait que cette exception causait un
préjudice au Trésor, que l'article 8 de la loi du 13 juillet 1911
fut voté.

308. — L'utilité de cette disposition ne serait pas contes-
table, si la loi ne s'était pas bornée uniquement à ordonner sur
les apports immobiliers la perception d'un droit proportionnel
supplémentaire et si elle avait en même temps rendu obliga-
toire l'accomplissement de la formalité de la transcription. Or,
le droit sera inévitablement perçu, puisque la loi l'exige, mais,
le droit une fois acquitté, la société conserve la liberté la plus
absolue de faire ou de ne pas faire procéder à la transcription.
C'est là, il faut l'avouer, une lacune bien regrettable dans notre
régime de transcription des mutations immobilières, car, sans
reprandre ici la discussion pour établir si l'apport entraîne ou
n'entraîne pas de transfert de propriété, on ne peut nier qu'il
était du plus haut intérêt pour les tiers de savoir qu'un im-
meuble avait fait l'objet d'un apport en société.

Mais cette loi et certains des commentaires, qui l'ont accom-
pagnée, sont de nature à suggérer d'autres réflexions. L'arti-
cle 25 de la loi du 21 ventose an VII, auquel se réfère le texte
législatif ci-dessus, est relatif au « droit sur la transcription

« des actes emportant mutation de propriétés immobilières » ; d'autre part, l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1855 assujettit à la transcription « tout acte entre vifs translatif de propriété « immobilière ». Dès lors qu'une disposition législative d'ordre fiscal déclarait désormais les apports immobiliers à titre gratuit passibles d'un droit, qui ne frappe presque exclusivement que les actes opérant transfert de propriété immobilière, il eut, semble-t-il, été logique que le droit fiscal reconnût enfin la nature translatrice de l'apport en société, dès que la société qui en bénéficie, possède la capacité d'acquérir, c'est-à-dire jouit de la personnalité juridique. Il n'en a malheureusement rien été : l'administration n'a eu en vue qu'une augmentation de ressources et la mesure désirée par elle a été votée, non seulement sans chercher à ce qu'une utilité puisse en résulter pour le public, mais également sans aucun souci des contradictions qu'elle renfermait.

Ce mépris des contradictions est particulièrement manifeste dans l'Instruction de l'administration n° 3325, qui avait pour but de porter à la connaissance de ses services la nouvelle disposition. On y lit notamment : « cette réforme, que l'article 8 « de la loi de finances du 13 juillet 1911 a pour effet de réaliser, se justifie encore par l'intérêt même qu'ont les sociétés « à recourir à la formalité de la transcription, en vue soit de « la consolidation *de leur droit de propriété* vis-à-vis des tiers « (loi du 23 mars 1855), soit de la purge des hypothèques consenties par les précédents propriétaires et par l'apporteur lui-même ». Faut-il alors admettre que même au regard du droit fiscal l'apport en société est translatif lorsqu'il s'agit de le soumettre au droit de transcription, alors qu'il conserve sa nature déclarative en matière d'enregistrement ? Le fait qu'une telle question puisse être posée condamne à lui seul la théorie de l'administration en matière d'apport en société.

309. — Le droit de transcription auquel sont actuellement assujettis les apports immobiliers purs et simples était fixé par l'article 25 de la loi du 21 ventôse an VII à 1,50 % ; il a été porté à 2 % par l'article 25 de la loi du 25 juin 1920 et par suite de l'application des deux décimes institués par l'article 3 de la loi du 22 mars 1924, il se trouve actuellement fixé à 2,40 %. Aux termes de l'article 8 de la loi du 13 juillet 1911, il est perçu à l'occasion de la formalité et en même temps que les droits d'enregistrement et la réalisation ultérieure de la transcription à la conservation des hypothèques ne donne lieu à aucun droit proportionnel autre que la taxe établie par la loi du 27 juillet 1900, c'est-à-dire la taxe hypothécaire s'élevant aujourd'hui à 0,48 %, sans préjudice toutefois du salaire du conservateur.

La loi du 13 juillet 1911 parlant en général d'« un apport « immobilier », nous estimons que le droit de transcription est exigible non seulement sur les apports emportant mutation de propriété immobilière, mais aussi sur ceux qui ne transfèrent la propriété que de droits réels immobiliers, ainsi un droit d'usufruit.

La liquidation tant du droit de transcription que de la taxe hypothécaire obéit aux mêmes règles que celles applicables en matière de droits d'enregistrement ; c'est donc au minimum sur la valeur des actions d'apport remises à l'associé et non sur une évaluation des immeubles inférieure à cette valeur que le droit est perçu (1). Les apports immobiliers rémunérés par des parts de fondateur ou parts bénéficiaires devront, comme indiqué ci-dessus, faire l'objet d'une évaluation.

Nous avons rattaché l'examen des conditions de perception du droit de transcription à la section relative aux apports

(1) Trib. Civ. Nantes, 11 février 1925, R. E. avril 1927 ; Trib. Pontoise, 28 juillet 1926, R. E., novembre 1927.

à titre gratuit seuls visés par l'article 8 de la loi du 13 juillet 1911. En effet, les apports à titre onéreux étant soumis aux droits de mutation, les droits perçus lors de l'enregistrement de ces actes comprennent le droit de transcription conformément à l'article 54 de la loi du 28 avril 1816.

SECTION 2

Des Apports à Titre Onéreux

310. — Le droit fiscal, qui ne reconnaît pas à l'apport pur et simple en société le caractère translatif, enseigne cependant qu'il y a transmission de biens à titre onéreux toutes les fois que dans un acte de société un associé reçoit en échange de son apport un avantage immédiat, tel, par exemple, qu'une somme d'argent, qui lui est définitivement acquis et se trouve ainsi soustrait aux risques de l'entreprise. Dans ce cas, le droit proportionnel de mutation devient alors exigible au taux fixé pour la catégorie de biens faisant l'objet de l'apport. Ce principe consacré par une jurisprudence constante ne nous paraît pas comporter de justification ; il est en effet évident que celui, qui a reçu ou doit recevoir sous une forme quelconque un prix définitivement fixé et au paiement duquel la société s'est engagée, pour un bien qu'il a fait entrer dans le patrimoine social, ne peut être considéré à l'égard de cette société que comme un vendeur et non comme un associé dont le profit dépend uniquement de la réalisation de bénéfices futurs.

311. — A) L'énoncé du principe ci-dessus fort simple à la vérité s'est de toujours heurté, lors de son application, au cons-

tant effort des intéressés, qui, pour échapper au paiement des droits de mutation particulièrement élevés depuis quelques années, tentent de dissimuler sous des conventions, dont l'apparence rend exigible le seul droit d'apport, la véritable nature translatrice des actes auxquels ils participent. Leur ingéniosité à cet égard s'est révélée sans bornes et c'est pourquoi nous croyons nécessaire d'examiner, parmi les combinaisons imaginées, celles qui dans la pratique se présentent le plus fréquemment.

Aucun doute n'est possible, certes, lorsque l'équivalent d'un apport est versé en espèces à l'auteur de l'apport. Il doit en être de même lorsque le prix de cet apport est payable à terme. C'est ainsi que le droit de mutation serait dû si l'apporteur recevait comme équivalent des obligations émises par la société : les droits conférés par des obligations ne sont pas en effet des droits sociaux ; c'est un droit de créance contre la société et le propriétaire de l'obligation peut à l'échéance en exiger le paiement même en l'absence de bénéfices. Mais en serait-il de même si le prix était stipulé payable au moyen des bénéfices futurs ? Une distinction, selon nous, doit alors être faite : s'il résulte des conventions des parties que la stipulation de paiement au moyen de bénéfices n'est pas autre chose qu'une obligation à terme contractée par la société, il y a en réalité vente et non apport et le droit de mutation est dû. (Trib. Seine, 13 juillet 1908, R. E., art. 5043) ; si, au contraire, d'après l'intention des parties les paiements sont vraiment subordonnés à l'existence de bénéfices futurs, ce n'est là qu'un mode de répartition spécial, et, les droits de l'associé restant soumis aux risques de l'entreprise, le droit d'apport peut seul être exigé. (Trib. Seine, 1^{er} juillet 1899, R. E., art. 2193).

D'ailleurs le droit de mutation peut aussi être perçu dans certains cas où l'apport paraît rémunéré au moyen d'actions.

Il en est ainsi notamment, d'après l'administration et la jurisprudence, lorsque les actions attribuées en contre-partie d'un apport sont aliénées directement par la société, qui en remet ensuite le prix à l'apporteur ou l'emploie au paiement du passif grevant l'apport (Trib. Amiens, 9 décembre 1852, J. E., n° 15628.2 ; Sol. 25 octobre 1839, J. E., n° 12408.3). A l'encontre de cette solution on pourrait sans doute soutenir que tant la situation financière de la société que ses droits vis-à-vis de l'apport ne sont pas modifiés, qu'il existe toujours, en effet, des actions représentatives de cet apport, que ces actions n'ont fait que changer de mains et que les fonds remis par la société à l'apporteur ou à ses créanciers proviennent uniquement des acquéreurs d'actions. Mais nous préférons nous ranger à l'avis de la jurisprudence et de l'administration en considérant que le critérium de l'apport à titre onéreux réside dans le fait, qu'un avantage quelconque soustrait aux risques sociaux est définitivement acquis à l'apporteur ; c'est ce qui nous paraît être réalisé dans l'espèce ci-dessus. Toutefois nous estimons, et il a été jugé, que la convention aux termes de laquelle un apporteur attributaire d'actions donne mandat à la société de vendre lesdites actions et de lui en verser le prix ou de l'affecter au paiement d'un passif ne fait pas perdre à l'apport son caractère pur et simple (Trib. Abbeville, 31 août 1858, J. E., n° 16831). Il en serait de même *a fortiori*, si l'apporteur lui-même les cédait en tout ou en partie à des tiers. Il faut simplement que cet apporteur soit réellement devenu propriétaire des actions et que l'aliénation de celles-ci se fasse à ses risques et périls (Trib. Seine, 21 mai 1886, J. E., n° 22684). (V. infra n°s 329 ss.)

Le droit de mutation serait également dû, si l'apport d'un immeuble en propriété ou en jouissance était rémunéré par une allocation fixe annuelle à verser à l'apporteur ; si l'apport d'un bail était effectué à charge par la société d'en exécuter

les conditions et d'en payer le loyer ; si la jouissance d'un immeuble social était concédée à un associé en représentation de son apport d'industrie (Trib. Lille, 23 décembre 1892, R. P., n° 8174) ; si une société, à laquelle il est apporté des brevets, s'engageait à rembourser à l'apporteur les frais et taxes acquittés à l'occasion de la prise de ces brevets (Trib. Moulins, 16 décembre 1925, R. E., avril 1927) ; si il était cédé à une société nouvelle par une autre société le bénéfice des tractations, conventions et travaux déjà accomplis moyennant une indemnité pécuniaire représentant le remboursement des sommes dépensées, la société fondatrice ne pouvant être considérée, en dehors d'actes précis, comme ayant agi en qualité de gérante d'affaires de la société nouvelle (Cass. Req., 8 janvier 1924, D. H., 31 janvier 1924).

312. — Il n'est d'ailleurs pas nécessaire, pour entraîner l'exigibilité du droit de mutation, que le paiement soit effectué à l'apporteur lui-même et le résultat est le même si la société paie ou s'oblige à payer les créanciers de l'apporteur en l'acquit de celui-ci. En vain stipulerait-on que le passif sera payé au moyen d'un prélèvement sur les frais généraux, le droit de vente n'en serait pas moins dû puisque l'apport se trouve ainsi soustrait aux risques sociaux. (Cass. 18 janvier 1871, S. 71.1.84, Instr. 2421.6).

Toutefois si l'obligation contractée par la société de payer le passif était affectée d'une condition suspensive, la perception du droit serait, conformément aux règles ordinaires, ajournée à la réalisation de la condition (Cass. 24 mai 1875, Instr. 2519.4). Cependant si la société n'acquitte ultérieurement le passif que sur la poursuite des créanciers hypothécaires et pour éviter une saisie, elle n'exécute plus alors une obligation ; sa situation est devenue celle d'un tiers détenteur payant pour le compte de l'apporteur, qui devient débiteur vis-à-vis de la société des

sommes payées par celle-ci ; le droit de mutation alors ne serait pas dû.

D'autre part, il n'est pas absolument indispensable pour justifier la perception du droit de mutation, que l'obligation d'acquitter le passif grevant l'apport ait été expressément mise à la charge de la société par une des clauses du pacte social. La majorité des décisions de jurisprudence paraissent admettre qu'il suffit que cette obligation résulte implicitement des conventions des parties (1). Un récent arrêt de la Chambre des requêtes du 1^{er} août 1927 vient de confirmer cette théorie (R. S. 1927.364). Quoique s'agissant en l'espèce d'une société en nom collectif, cet arrêt nous paraît intéressant à rapporter, la même solution s'appliquant aux sociétés par actions. Une société en nom collectif au capital de 1.200.000 francs avait reçu à titre d'apport certains immeubles, dont une briqueterie, d'une valeur de 630.000 francs et du matériel d'une valeur de 517.902 francs, le tout grevé d'un passif s'élevant à 697.902 francs, de telle sorte l'apport (de Dehé père) n'était en réalité que de 450.000 francs ; le reste du capital, soit 750.000 francs, était fourni en espèces par les autres associés. La constitution remontait à l'année 1920. L'administration, après un premier enregistrement, réclama, en plus du droit d'apport sur 1.200.000 francs, chiffre du capital, le droit de mutation à titre onéreux sur le montant du passif, soit 697.902 francs ; elle soutenait, en effet, que par suite de l'apport la société était devenue sans réserve propriétaire des immeubles par nature ou par destination apportés par Dehé père et se trouvait subrogée aux droits et aux obligations de celui-ci ; qu'en conséquence, il y avait mutation à titre onéreux à concurrence de la somme excédant la

(1) Cass., 13 juin 1866, S. 67.1.354 ; Trib. Seine, 16 novembre 1860, J. E. 17282 ; Trib. Charleville, 20 juin 1861, J. E. 17322 ; Trib. Seine, 30 mai 1907, R. E. 4493 (fonds de commerce) ; V. aussi Trib. Seine, 15 juin 1923, Rec. Jur. Soc., 1924-165.

valeur nette de l'apport. L'administration obtint gain de cause suivant un jugement du tribunal de Cambrai du 2 juillet 1925 et la Chambre des requêtes rejeta le pourvoi formé contre ce jugement : « Attendu, notamment, dit la Cour, que le
« pourvoi soutient vainement que la société ne s'étant engagée
« ni à payer une fraction quelconque du prix ou de la valeur
« de l'apport, ni à acquitter le passif de 697.902 francs, l'on
« ne se trouve pas en présence d'une vente ; — attendu, en
« effet, qu'il résulte de l'ensemble des clauses du contrat social
« exactement interprêtées par les premiers juges, que du jour
« de la constitution de la société, Dehé père n'a plus eu la
« libre disposition des biens cédés, même en qualité de gérant,
« que le droit d'aliéner ses biens ou d'hypothéquer les immeu-
« bles avait été concédé par lui dans l'acte de société, et que
« pendant la durée de cette dernière, et même après sa dissolu-
« tion, les biens sociaux devaient rester la propriété de l'être
« moral et collectif de la société ; — attendu que dans ces
« conditions le Tribunal de Cambrai a décidé à bon droit que
« l'apport desdits immeubles et l'abandon sans réserve qu'en
« avait fait Dehé père avait eu lieu moyennant l'engagement
« pris par la société de payer à sa décharge les dettes dont
« ils étaient grevés, etc... »

Cette jurisprudence nous paraît devoir être approuvée, la disposition absolue et exclusive des biens, dont jouit la société, entraînant pour elle l'obligation corrélatrice d'assumer les charges quelconques, qui peuvent les grever.

Cette hypothèse du passif dû sur un apport et acquitté par la société bénéficiaire de l'apport se rencontre particulièrement dans le cas de fusion de sociétés. Si la société absorbante doit payer les dettes de la société absorbée, le droit de mutation à titre onéreux est dû sur le montant du passif acquitté ou simplement pris en charge. Une jurisprudence constante consacre ce principe. On a parfois essayé de soutenir que c'est comme

liquidateur et non comme acquéreur que la nouvelle société paie le passif de l'ancienne et que l'apport fait par celle-ci de son actif et de son passif équivaut à une liquidation. Cette théorie s'est vue, selon nous, avec raison repoussée. (Cass. civ. 6 mai 1896, R. E. 1153, Instr. 2930.3 ; Trib. Seine, 21 novembre 1903, R. E., 3495). Il n'y a pas, en effet, liquidation au sens exact du terme, c'est-à-dire succession d'opérations faites pour le compte des associés mais bien aliénation en bloc de la totalité d'un patrimoine donnant ouverture au droit proportionnel de mutation. La société absorbante acquittera seule le passif, mais seule aussi elle profitera des bénéfices que lui procurera la réalisation de l'actif.

313). — B) Les droits à percevoir sur les apports à titre onéreux suivent les règles générales des mutations ordinaires. Nous nous bornerons à indiquer sommairement les principaux, une étude complète des règles de perception dépassant le cadre de cette étude.

S'il s'agit d'immeubles, l'apport à titre onéreux est passible du droit que l'article 2 de la loi du 31 juillet 1929 a réduit à 12 %, auquel il y a lieu d'ajouter la taxe de première mutation, que l'article 12 de la loi du 16 avril 1930 a abaissé à 3 %. Toutefois si les immeubles sont situés à l'étranger le droit n'est plus que de 1,20 %. De plus, une taxe supplémentaire sera perçue à raison de 1,20 % sur la partie du prix imposable excédant 300.000 francs et de 2.40 % sur la partie du prix imposable excédant 500.000 francs. Les droits seront liquidés sur le prix exprimé augmenté des charges en capital (Cod. Enr. art. 47, 18°), c'est-à-dire sur le prix à remettre à l'apporteur ou sur le montant du passif à acquitter ; à défaut de détermination dans l'acte de la valeur des charges ou du passif, il y aura lieu à évaluation. Dans le cas particulier où l'apport serait rémunéré au moyen d'obligations, la liquidation du droit devrait être

faite, non sur le prix d'émission, mais sur celui du remboursement des obligations. (Sol. 3 décembre 1894, T. A. 285) ; c'est, en effet, cette valeur de remboursement qu'encaissera l'apporteur.

Le droit de 12 % s'applique également aux immeubles par destination et il en est ainsi alors même que l'immeuble par nature serait apporté purement et simplement, tandis que les immeubles par destination feraient l'objet d'un apport à titre onéreux (Trib. Seine, 21 février 1879, J. E., 21230).

314. — En ce qui concerne les fonds de commerce, une distinction est à faire selon les divers éléments en dépendant. Les éléments dits incorporels (clientèle, achalandage, nom commercial, droit au bail, brevets, marques de fabrique) ainsi que les objets mobiliers servant à l'exploitation du fonds (mobilier, matériel, outillage) sont assujettis à un droit que l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 1929 a fixé à 8 %, auquel il y a lieu d'ajouter, pour les fonds de commerce situés à Paris, une taxe de 1,25 % perçue au profit de la ville et non sujette aux décimes, le tout sans préjudice, comme pour les immeubles, de la taxe de première mutation de 3 %. De plus, la même taxe supplémentaire qui frappe les immeubles et qui est fixée à 1,20 % ou 2,40 % selon que le prix imposable excède 300.000 ou 500.000 francs leur est également applicable. Quant aux marchandises neuves garnissant le fonds de commerce, elles n'acquittent plus, depuis la loi du 31 décembre 1928 (art. 27), qu'un droit de 2 % majoré, pour les fonds établis à Paris, d'une taxe de 0,32 % perçue au profit de la Ville et non sujette aux décimes ; ce régime de faveur n'est toutefois appliqué aux marchandises qu'à la condition formulée par l'article 7 de la loi du 28 février 1872 « qu'il sera stipulé pour elles un prix particulier et qu'elles seront désignées et estimées, article par article, dans le contrat ou la déclaration ». La liquidation des droits à percevoir

sera opérée, comme en matière mobilière, sur le prix exprimé augmenté des charges en capital (Cod. enr., art. 47, 6°); ou, le cas échéant, sur le montant de l'évaluation à laquelle il y aurait lieu de procéder, si les valeurs n'étaient pas dans l'acte déterminées d'une manière précise ; si l'apport était fait à charge d'acquitter un passif, les droits seraient liquidés sur l'importance de ce passif.

315. — L'apport à titre onéreux ayant pour objet des meubles est passible du droit de 6,60 % sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les meubles situés en France et ceux situés à l'étranger. Ce droit sera notamment applicable aux apports à titre onéreux de navires et bateaux de toute nature servant soit à la navigation maritime, soit la navigation intérieure et dont la jauge nette est supérieure à 100 tonnes (1). (Cod. enr. art. 271, § 16, 2°) ; toutefois, si la mutation est suivie d'une déclaration faite pour obtenir ou maintenir la francisation au nom du nouveau possesseur, le droit est réduit à 3 % (L. 29 avril 1926, art. 10. Cod. Enr., loc. cit.). C'est encore le droit de 6,60 % qui sera perçu sur l'apport à titre onéreux d'un brevet ou d'une marque de fabrique, sans préjudice des taxes fixes à acquitter à l'Office national de la propriété industrielle lors de l'inscription du transfert et qui sont fixées par les deux décrets du 11 septembre 1920. Cependant, si le brevet ou la marque dépendait d'un fonds de commerce également apporté, ce n'est plus le droit de 6.60 % qui devrait être perçu mais celui de 8 % applicable aux divers éléments d'un fonds de commerce ; toutefois si l'apport du fonds de commerce est fait à titre gratuit, il a été jugé que le droit de mutation mobilière de 6,60 % est seul exigible sur l'apport du brevet effectué à titre onéreux alors même que le brevet dépendrait du fonds de commerce (Trib. Semur,

(1) Les mutations de navires jaugeant 100 tonnes et au-dessous ne sont assujettis qu'au droit fixe de 22 fr. 50.

26 mai 1914, R. E. 6153). Enfin le droit de 6,60 % sera aussi applicable à l'apport à titre onéreux d'une concession d'eau, de mine, de carrière (Cass. 27 décembre 1898, R. E., 1929 ; Trib. Seine, 8 décembre 1906, R. E. 4413).

Nous rappelons qu'en ce qui concerne les concessions de chemins de fer, l'apporteur d'une telle concession n'a droit, aux termes de l'article 11 de la loi du 15 juillet 1845 et sauf controverse (V. Supra, n° 88), qu'au remboursement de ses avances ; c'est sur le montant de ces avances que sera perçu, soit le droit d'obligation de 1,50 % si la société s'engage à payer (Cass. 30 novembre 1910, R. E. 5196), soit le droit de quittance de 0,75 % si le remboursement est constaté dans l'acte (Trib. Seine, 7 avril 1905, R. E. 3876).

316. — Cependant le droit de mutation mobilière de 6,60 % ne sera exigible qu'autant que les actes soumis à la formalité ne revêtiront pas les divers caractères énumérés dans l'article 22 de la loi du 11 juin 1859, d'après lequel les marchés et traités réputés actes de commerce et passés sous signatures privées doivent être provisoirement enregistrés moyennant l'unique perception du droit fixe. Cette exemption provisoire du droit proportionnel n'est accordée que si les trois conditions suivantes sont remplies : 1° les actes doivent être faits sous seings privés ; la loi le dit expressément ; 2° ils doivent pouvoir être classés parmi ceux énumérés par la loi du 22 frimaire an VII, art. 69, soit dans son § 3, 1° (marchés pour constructions, réparations et entretien et tous autres objets mobiliers susceptibles d'estimation faits entre particuliers), soit dans son § 5, 1° (ventes, reventes, cessions, rétrocessions, marchés, traités, et tous autres actes translatifs de propriété à titre onéreux de meubles), lesquels donnent normalement lieu à la perception du droit proportionnel ; 3° enfin ils doivent avoir le caractère d'actes de commerce, la jurisprudence reconnaissant ce caractère à l'acte qui

n'est commercial qu'à l'égard d'une seule des parties contractantes. Mais cette dispense du droit proportionnel n'est que provisoire et celui-ci devient exigible, aux termes du même article, notamment si un acte public est rédigé en conséquence de l'acte de commerce et dans la mesure seulement où l'acte de commerce est consacré par cet acte public. C'est ainsi que le droit proportionnel est exigible, lorsqu'il est fait apport en société, par acte notarié, d'un marché commercial (Cass. Civ., 19 janvier 1885, S. 85.1.505, Instr. 2718.1), lorsqu'il est fait apport à titre onéreux de brevets d'invention et que les statuts de la société ont fait l'objet d'un acte notarié (Cass. Req., 6 novembre 1923, R. E. 7960). Mais le droit proportionnel deviendrait-il exigible par suite du simple dépôt dans l'étude d'un notaire d'un acte de commerce fait sous signatures privées en même temps que des autres pièces de constitution d'une société, dont les statuts eux-mêmes auraient été établis sous seings privés ? Nous ne le pensons pas. Ce n'est pas, en effet, croyons-nous, le dépôt qui confère l'authenticité à l'acte et il faudrait de plus, à notre avis, que ce dépôt fût accompagné d'une reconnaissance d'écritures émanant des parties signataires de l'acte. Par suite de l'accomplissement de cette formalité, l'acte acquerrait l'authenticité et le droit proportionnel en suspens devrait alors être acquitté. (Cass. req., 17 mars 1874, S. 75.1.324, Instr. 2516.5).

Cependant malgré les termes généraux employés par l'article 22 de la loi du 11 juin 1859, certains actes même remplissant les conditions requises, ne bénéficient pas du régime de faveur institué par cet article. Il en est ainsi notamment des fonds de commerce depuis la loi du 28 février 1872. Antérieurement à cette loi, la jurisprudence considérait que les fonds de commerce pouvaient faire l'objet d'un acte de commerce et leur cession était enregistrée au droit fixe (Trib. Seine, 7 mars 1863 et Cass. 29 mai 1865, R. P. 2109, S. 69.1.183). L'administration elle-même reconnaissait que la cession d'un fonds de commerce

constatée par un acte sous seings privés devait bénéficier de l'article 22 de la loi du 11 juin 1859 (Sol. 24 septembre 1868, J. E. 18572.1). Mais les articles 7 et 8 de la loi du 28 février 1872 ont par une disposition spéciale assujéti les mutations de fonds de commerce au droit proportionnel de 2 % ainsi qu'au paiement de ce droit dans un délai de trois mois. L'exemption provisoire de la loi du 11 juin 1859, art. 22, ne pourrait donc leur être appliquée.

On doit en dire de même en ce qui concerne les mutations de navires. La loi du 29 janvier 1881, art. 3, les soumettaient au simple droit fixe définitif de 3 francs, disposition qui a été étendue aux marchés de construction de navires par l'article 22 de la loi du 7 avril 1902. Ce régime leur était donc encore plus favorable que celui de la loi du 11 juin 1859. Mais sans rien modifier en ce qui concerne les marchés de construction, l'article 10 de la loi du 30 décembre 1916 a assujéti les mutations de propriété et d'usufruit de navires jaugeant plus de 100 tonnes et destinés tant à la navigation maritime qu'à la navigation fluviale, au droit proportionnel de mutation mobilière actuellement fixé à 6,60 %.

D'autre part, la question était controversée en ce qui concerne les mines, dont l'exploitation n'était pas considérée par l'article 32 de la loi du 21 avril 1810 comme un acte de commerce et n'était pas sujétie à la patente. Mais, même sous l'empire de cette loi, l'administration autorisait l'enregistrement, moyennant la perception du droit fixe, de marchés pour l'extraction de minerais portant en outre concession ou cession de concession du droit d'extraction (Sol. 10 novembre 1869 et 9 mars 1870, Dict. enreg., V^o acte de commerce, n^o 29). A plus forte raison cette solution doit-elle, selon nous, être maintenue depuis la promulgation de la loi du 9 septembre 1919 dont l'article 5 répute acte de commerce l'exploitation des mines.

317. — Enfin dans un certain cas l'acte translatif de propriété de meubles devra, pour être enregistré moyennant le droit de mutation mobilière de 6,60 %, satisfaire à une condition particulière : aux termes de l'article 9 de la loi du 22 frimaire an VII, si la mutation comprend des meubles et des immeubles, il devra être stipulé dans le contrat un prix particulier pour les objets mobiliers et ceux-ci devront être désignés et estimés article par article ; si cette prescription n'était pas observée le droit d'enregistrement serait perçu sur la totalité du prix au taux réglé pour les immeubles. La jurisprudence déclare cette disposition applicable aux apports à titre onéreux faits à une société. (Cass. Civ., 15 janvier 1896, S. 97.1.469, Instr. 2910.2) alors même que les immeubles et les objets mobiliers auraient été estimés directement, si aucun état contenant à la fois désignation et estimation desdits meubles article par article n'a été présenté avec les divers actes soumis à la formalité (Cass. req. 8 janvier 1924, D. H. 31.1.24).

318. — Si l'apport à titre onéreux consiste en créance de sommes d'argent le droit de cession de créance, actuellement fixé à 1,50 %, est exigible. Ce droit est liquidé sur le montant du capital nominal et non d'après la valeur réelle de la créance (Trib. Seine, 29 mars 1878, S. 78.2.217) ; toutefois un auteur enseigne que pour les créances dépendant d'une faillite ou d'une liquidation judiciaire, le droit n'est perçu que sur le montant de l'évaluation qui doit en être faite par les parties (1). Ce même droit de 1,50 % est dû aussi bien sur le principal que sur les accessoires de la créance, dès lors que ces accessoires constituent une valeur actuelle (Sol. 12 décembre 1895, R. E. 1143). Cependant certaines créances d'une nature spéciale bénéficient d'un tarif réduit : ce sont les actions et les obliga-

(1) Maguéro, *Traité alphabétique*, v° Société, n° 128-3.

tions des sociétés de capitaux, ainsi que les parts d'intérêt des sociétés dont le capital n'est pas divisé en actions. Pour les titres nominatifs susceptibles d'être cédés par la voie du transfert, le droit est de 0,30 % du montant de la négociation ; par contre, aucun droit n'est dû sur l'apport à titre onéreux de titres à ordre ou de titres au porteur, chacune de ces catégories de titres étant soumise à une taxe annuelle de transmission fixée à 0,40 % pour les titres au porteur et réduite de moitié pour les titres à ordre (1). En ce qui concerne les actions d'apport non négociables pendant le délai de deux ans à dater de la constitution définitive de la société, la loi du 30 décembre 1928, art. 24, a décidé que les cessions de telles actions pendant la période de non négociabilité seront passibles du droit applicable aux biens qu'elles représentent (2). Quant aux parts d'intérêt des sociétés de personnes, lesquelles ne sont transmissibles que conformément aux prescriptions de l'article 1690 du Code Civil, l'apport à titre onéreux, dont elle ferait l'objet, est passible du droit de 1,08 % liquidé sur le montant de la négociation. Enfin si l'apport à titre onéreux comprend à la fois des créances et d'autres biens, il y a lieu de faire dans l'acte une ventilation de la valeur respective de chaque nature de biens. (Cass., 18 janvier 1871, S. 71.1.84).

319. — Nous avons indiqué que constituait aussi un apport à titre onéreux l'apport d'un bail, à charge par la société d'en payer le loyer, ou l'apport en jouissance d'un immeuble moyennant une redevance fixe à verser à l'apporteur. Dans de tels cas le droit de bail actuellement fixé à 0,72 % sera exigible et il sera liquidé sur le montant cumulé de toutes les années de

(1) Il en est de même des actions non intégralement libérées et en conséquence non imposables mais non matériellement créées, lesquelles sont soumises à la taxe annuelle de transmission ; cette taxe est réduite à 0,25 % à partir du 1^{er} juillet 1930.

(2) Nous examinerons cette question dans le chapitre suivant.

loyers et des charges, sauf la faculté de fractionnement par périodes de trois ans (Cod. Enreg., art. 99). Cependant il peut arriver que l'apport à titre onéreux de la simple jouissance d'un bien ne soit pas passible du droit de 0,72 % et donne au contraire ouverture au droit de mutation de propriété ; il en sera ainsi lorsque cet apport en jouissance aura pour objet des choses fongibles, dont l'estimation suffit, aux termes de l'article 1851 du Code Civil, à transférer la propriété à la société ; mais d'après l'administration le droit de vente ne doit être perçu qu'avec une grande réserve (Sol. 17 juillet 1889, T. A. 295).

320. — Enfin, pour terminer cette rapide énumération des divers droits applicables, il y a lieu d'indiquer que l'apport d'industrie, qui ferait l'objet d'un apport à titre onéreux, serait soumis au droit de marché n'emportant pas vente de meubles actuellement fixé à 1,50 % ; la liquidation du droit serait faite sur le prix exprimé.

321. — Au début du présent chapitre nous avons signalé que la perception des droits d'enregistrement à l'occasion de la constitution d'une société était subordonnée à la présentation d'un acte à la formalité. Mais les apports à titre onéreux ont, même aux yeux du droit fiscal, un caractère translatif ; ce sont de véritables mutations et, comme telles, ils sont soumis aux règles générales applicables aux mutations ordinaires. Dans ces conditions, et même en l'absence d'acte constatant la constitution d'une société, les apports à titre onéreux en société d'immeubles, de fonds de commerce et de navires de toute nature jaugeant plus de 100 tonnes devront faire l'objet au bureau d'enregistrement compétent d'une déclaration détaillée et estimative, sur le montant de laquelle la perception sera opérée ; cette déclaration devra être faite dans le délai de trois mois à compter du jour de la mutation (Cod. Enreg., Art. 64, 67 et 68).

Il en est de même pour les apports à titre onéreux de baux ou de cessions de baux d'immeubles, qui à défaut d'actes doivent être déclarés dans les trois mois. (Cod. Enreg. art. 65 et 69). En ce qui concerne toutefois les mutations de propriété d'immeubles et de fonds de commerce, un délai supplémentaire d'un mois est accordé à l'ancien possesseur pour effectuer la déclaration prescrite par la loi. A défaut de déclaration dans les délais impartis, chaque partie est tenue personnellement et sans recours, nonobstant toute stipulation contraire, d'un droit en sus, lequel ne peut être inférieur à 50 francs en principal ; toutefois aucun minimum n'est prévu pour les cessions de navires et bateaux (Cod. Enreg., art. 118).

322. — Fréquemment, avons-nous dit, les parties essaient de dissimuler le caractère onéreux de l'apport et d'échapper ainsi aux droits de mutation encourus. Il appartient alors à l'administration de démontrer que la qualification donnée à l'acte précédemment enregistré ne correspond pas à sa nature exacte. Quoique l'administration indique elle-même que dans le doute on doit plutôt présumer l'apport pur et simple (Instr. 2348.4), puisqu'il s'agit de société, on décide généralement que le droit proportionnel de mutation est dû, lorsqu'il résulte des faits et circonstances de la cause que l'apport est en réalité fait à titre onéreux, alors même que cet apport serait déclaré dans l'acte constitutif être pur et simple (Cass. 6 mai 1903, R. E. 3327). C'est ainsi qu'une jurisprudence constante décide que, lorsqu'il est fait apport pur et simple à une société des éléments incorporels dépendant d'un fonds de commerce et que par une seconde convention distincte de la première, mais concomitante à celle-ci et la complétant, l'apporteur cède à la société tout ou partie du matériel et des marchandises dépendant du même fonds de commerce moyennant un prix déterminé, les deux contrats établissent l'existence d'une cession unique de fonds de

commerce réalisée sous forme d'un apport pour partie à titre onéreux. (Trib. Seine, 14 juin 1901, R. E. 2799 et 25 juillet 1902, R. E. 3160). Cette dissimulation du caractère onéreux de la convention était autrefois, en l'absence de texte, exemptée de toute pénalité et ne donnait ouverture qu'à la perception des droits simples ; mais depuis la promulgation de la loi du 13 juillet 1925, l'article 44 de cette loi (Cod. Enreg., art 137) frappe cette infraction d'une peine égale à un double droit en sus, lequel est dû solidairement par toutes les parties contractantes.

Il y a également lieu de mentionner qu'étant donné leur nature de véritables mutations, les apports à titre onéreux sont soumis à toutes les règles et sont sujets à toutes les pénalités afférentes aux insuffisances et dissimulations de prix, qui peuvent être constatées dans les actes dont ils font l'objet. (Cod. Enreg. art. 130 et suiv.).

CHAPITRE III

Des droits afférents aux apports en nature et éventuellement exigibles au cours de l'existence de la Société

323. — Les apports en nature sont, au cours de la durée de la société, susceptibles, soit d'augmentation, soit de réduction. Le capital de la société peut, en effet, être augmenté à l'aide de nouveaux apports en nature ; il peut être aussi procédé, d'accord entre la société et l'apporteur, à une réduction de la valeur des apports ; enfin une fusion peut être réalisée entre la société et une autre société déjà existante. Ce sont ces diverses hypothèses qui feront l'objet de la première section du présent chapitre.

D'autre part, il est fréquent que les propriétaires de titres représentatifs d'apports en nature, soit actions d'apport, soit parts de fondateur, les cèdent à des coassociés ou à des tiers même avant l'expiration du délai pendant lequel la loi frappe ces titres de non-négociabilité. Quoique cette opération ne don-

ne pas ouverture à des droits devant être acquittés par la société, nous l'examinerons dans une deuxième section, en raison des liens étroits qu'elle présente avec la théorie générale des apports en nature.

SECTION 1

Des droits applicables par suite d'augmentation ou de réduction des apports en nature

324. — Il est aujourd'hui unanimement reconnu que l'augmentation du capital ne donne pas naissance à un être moral nouveau et qu'elle est de plus soumise aux mêmes prescriptions que celles exigées lors de la constitution originale de la société. Il en résulte que, sur le montant total des apports mobiliers et immobiliers constituant l'augmentation de capital, le droit d'apport de 3 % sera seul exigible, autant qu'il s'agira d'apports purs et simples. Par contre les divers droits proportionnels de mutation seraient perçus, si les apports étaient effectués à titre onéreux. Dans l'un et l'autre cas, il y a lieu d'appliquer, sans aucune modification, à l'augmentation de capital les diverses règles énoncées dans le chapitre précédent.

325. — D'ailleurs c'est souvent au moyen de la fusion que se réalise l'augmentation de capital. S'il en résulte une société nouvelle absolument distincte de celles antérieurement existantes, le montant total des apports mobiliers et immobiliers effectués au nouvel être moral créé sera passible des droits, auxquels donnerait ouverture la constitution d'une société, selon le caractère et d'après la nature des apports dont elle béné-

ficie (1). Si, au contraire, il y a fusion par absorption, les droits ne seront perçus que sur le montant des apports dont s'augmente le capital de la société absorbante. Les actionnaires de la société absorbée ne reçoivent-ils que des actions d'apport créées par la société absorbante à titre d'augmentation de capital, le droit d'apport de 3 % est alors seul exigible. Mais si la société annexée stipule qu'elle fait apport à l'autre société de tout son actif à charge par celle-ci de payer tout ou partie de son passif, il s'opère dans ce cas un véritable transfert de propriété à concurrence du montant que cette société a payé ou s'engage à payer et les droits proportionnels de mutation à titre onéreux doivent alors être acquittés. Le fait qu'en plus du passif qu'elle doit éteindre, la société absorbante remettrait aux actionnaires de la société absorbée un certain nombre d'actions nouvellement créées par elle, ne modifierait pas le caractère onéreux partiel de l'apport ; les mêmes droits seraient dûs et le montant nominal des nouvelles actions serait en plus passible du droit d'apport pur et simple de 3 % (Cass. 6 mai 1896, S. 97.1.294).

326. — Pas plus que l'augmentation de capital, la réduction de ce capital n'entraîne la dissolution de la société et la création d'un être moral nouveau. Les droits à percevoir sur l'acte constatant cette réduction varient suivant les procédés employés pour la réaliser ; le droit fixe en tous cas est seul dû lorsque la réduction ne comporte aucune attribution au profit des associés (T. A., n° 193). Si, par exemple, à la suite d'un accord survenu entre la société et un apporteur, la valeur

(1) Toutefois il y a lieu de signaler une disposition provisoire établie par l'article 40 de la loi du 13 juillet 1925 et selon laquelle, en cas d'apport pur et simple à l'occasion d'une fusion entre sociétés déjà existantes au 13 juillet 1925, le droit de 3 % est réduit à 1,20 %, à la condition que la durée de la société issue de la fusion ne soit pas supérieure à celle de la société, qui, parmi les sociétés fusionnées, devait arriver la première à expiration.

d'un apport est ramenée à un chiffre inférieur à celui pour lequel il figure dans les statuts, et qu'en conséquence cet apporteur restitue un nombre d'actions correspondant à la valeur de cette différence, seul le droit fixe est exigible. Mais si le capital était réduit par suite de la dispense que consentirait la société à un apporteur de réaliser un apport promis en tout ou en partie, il semble bien que, tout associé étant débiteur vis-à-vis de la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter, cette convention constituerait une véritable remise de dette, donnant, comme telle, ouverture au droit de quittance de 0,75 % (Sol. 21 octobre 1884, T. A. n° 352).

327. — Enfin une société peut au cours de sa durée subir des modifications, soit par suite de sa conversion en un autre type de société, soit par suite de prorogation. Considérées en elles-mêmes, ces deux opérations n'ont aucune influence sur les apports en nature composant tout ou partie du capital social. Indiquons cependant que si la transformation prévue ou autorisée par les statuts ou par la loi ne donne pas naissance à un être moral nouveau, elle sera enregistrée comme une modification de clauses statutaires passible seulement du droit fixe de 22 francs 50 ; si au contraire une nouvelle société est issue de la transformation, les droits applicables, lors de la constitution, devront être perçus sur le montant de l'actif net de la société au jour de la transformation, sans préjudice du droit fixe de dissolution de 56 francs 20.

328. — Les actes de prorogation de société sont, aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 28 février 1872, assujettis aux mêmes droits que ceux exigibles à l'occasion de la constitution et la liquidation des droits doit s'opérer sur la même base, c'est-à-dire sur le montant total des apports mobiliers et immobiliers, déduction faite du passif. Il devrait en résulter logiquement,

pour l'enregistrement de l'acte de prorogation d'une société, dont le capital n'a pas été augmenté au cours de sa durée, la perception des mêmes droits que ceux qui ont été acquittés lors de la formation. Mais la composition du capital social a nécessairement varié, l'actif de la société a augmenté ou diminué et une telle perception ne répondrait plus à aucune réalité. D'ailleurs, au point de vue fiscal, la prorogation n'est pas autre chose qu'une constitution de société et les différences qu'elles présentent n'ont guère d'effets qu'au regard du droit civil ou du droit commercial. Aussi, après certaines hésitations, une jurisprudence constante décide-t-elle aujourd'hui que les droits exigibles à l'occasion d'une prorogation de société doivent être liquidés sur la base du montant de l'actif social net existant au jour de la prorogation. (Cass. Civ., 17 mars 1903, S. 1904.1.199, Instr. 3125.4, et 11 avril 1905, S. 1906.1.361, Instr. 3174.3). Cette solution est inspirée du même principe que celui qui gouverne les règles de perception s'effectuant à la constitution sur le montant net des apports mobiliers et immobiliers, déduction faite du passif. L'acte de prorogation doit donc contenir une évaluation de l'actif net et cette évaluation doit être faite à la date de l'acte présenté à la formalité et non au jour où la prorogation produira son effet. (Cass. 17 mars 1903, précité).

SECTION 2

Cession des titres représentatifs d'apports pendant la période de non-négociabilité

329. — Quels que soient les impôts dont la législation fiscale frappe une opération juridique, les assujettis ont de toujours, à la faveur de combinaisons diverses, tenté d'échapper au paie-

ment des droits légalement dus. Nous avons indiqué précédemment les procédés imaginés pour dissimuler, sous l'apparence d'un apport pur et simple soumis au droit réduit de 3 %, les apports à titre onéreux faisant acquérir à leurs auteurs un avantage immédiat et définitif et passibles pour ce motif des droits de mutation ordinaires. Parmi ces procédés un des plus fréquents consiste en l'opération suivante : un industriel ou un commerçant désireux de réaliser la partie de son patrimoine représentée par une usine ou un fonds de commerce, mais en même temps soucieux d'éviter le paiement des droits proportionnels actuellement fixés à 12 ou 8 %, sans préjudice de la taxe de première mutation et des taxes supplémentaires, que l'administration de l'enregistrement ne manquerait pas de percevoir à l'occasion d'une aliénation pure et simple, faisait apport à une société de son établissement industriel ou commercial moyennant l'attribution d'un certain nombre d'actions d'apport ; puis, au moyen de contre-lettres, l'apporteur se faisait promettre par ses co-associés le rachat de ses actions d'apport à un prix égal à leur valeur nominale et dans un délai déterminé. La négociation de ces titres étant prohibée par l'article 3 de la loi de 1867 pendant un délai de deux ans à compter du jour de la constitution définitive de la société, les cessions d'actions d'apport étaient réalisées par les voies civiles et suivant les prescriptions de l'art. 1690 du Code Civil et les actes de cession, lors de leur présentation à la formalité, ne donnaient ouverture qu'à la perception du droit proportionnel de 0,75 % liquidé sur le montant du prix exprimé dans l'acte. L'associé avait encaissé le prix total de son apport et le trésor était, à la satisfaction générale, frustré de la différence entre le montant des droits perçus réellement et celui de ceux qu'il devait légalement recevoir. Certes la jurisprudence décidait bien que ces cessions, même ayant fait l'objet d'actes distincts de l'acte de société, n'étaient pas soumises au droit de cession d'actions, s'il était

établi que, convenues d'avance, elles formaient une condition nécessaire du pacte social (1), mais la preuve n'était pas toujours facile à administrer et les intérêts légitimes du Trésor continuaient à être lésés.

330. — C'est pour remédier à cet abus, dont l'usage se généralisait de plus en plus, surtout depuis l'augmentation sensible du taux des droits de mutation, que la loi du 30 décembre 1928, portant fixation du budget général de l'exercice 1929, prescrit dans son article 24 que « les cessions d'actions d'apport » effectuées pendant la période de non-négociabilité sont considérées, au point de vue fiscal, comme ayant pour objet « les biens en nature représentés par les titres cédés ». Cette mesure est de plus déclarée applicable « aux cessions de parts » d'intérêt, dans les sociétés dont le capital n'est pas divisé en actions, quand ces cessions interviennent dans les deux ans de la constitution définitive de la société ». Pour permettre la perception de l'impôt, la loi ajoute que chaque élément d'apport devra être évalué distinctement avec indication des numéros des actions attribuées en rémunération de chacun de ces apports ; à défaut de ces évaluations et indications les droits seraient alors perçus au tarif immobilier. Bien que la loi ne le précise pas, cette prescription de l'évaluation de chaque apport et de l'indication des numéros des actions le représentant concerne la rédaction de l'acte constitutif de la société ; si ces mentions ne figuraient pas à l'acte, les droits de mutation immobilière seraient exigibles sur toute cession d'actions d'apport pendant la période de non négociabilité.

Bien que combattant la tendance reconnue de l'administration à déroger trop fréquemment aux principes généraux du droit dans un but d'ordre exclusivement fiscal, nous devons

(1) Trib. Valenciennes, 26 avril 1877, J. E. 20438 ; Trib. Lille, 7 février 1879, J. E. 22042 ; Trib. Rocroy, 20 mars 1891, J. E. 23597.

reconnaître qu'une mesure s'imposait pour déjouer la fraude. Mais cette mesure atteint-elle vraiment le but cherché ? Il est permis d'en douter. Si, en effet, elle frappe les cessions et des actions d'apport pendant la période de non-négociabilité et des parts d'intérêt au cours des deux ans qui suivent la constitution de la société, elle laisse par contre complètement de côté la cession des parts de fondateur, qui, quoique frappées, sous certaines réserves, de non négociabilité pendant le même délai, continueront à être régies, quant à leur transmission, par les dispositions antérieures. C'est là, croyons-nous, une omission à déplorer. Certes, la part de fondateur ne confère à son propriétaire que des droits bien inférieurs à ceux que lui accorde l'attribution d'actions d'apport, mais que peut importer cette différence à l'apporteur, qui est à l'avance assuré que ses parts lui seront rachetées à un prix et dans un délai déterminés ? Aussi, est-il à présumer que la disposition de la loi du 30 décembre 1928 n'aura pas une grande efficacité et que désormais les apports à titre onéreux, dont les parties veulent dissimuler le véritable caractère sous l'apparence d'apports purs et simples, seront rémunérés non plus par des actions, mais au moyen de parts de fondateurs.

Toutefois il est peut-être possible d'expliquer cette omission par le fait que les parts de fondateur ou parts bénéficiaires ne sont pas obligatoirement des titres représentatifs d'apports en nature. Il est fréquent, ainsi que nous l'avons indiqué, que ces parts, ou bien soient attribuées à tous les actionnaires sans distinction et proportionnellement au nombre d'actions possédées par chacun d'eux, ou bien soient remises à un ou plusieurs fondateurs pour leur permettre de rémunérer les divers concours dont ils ont profité au cours de la constitution de la société. Quels droits eussent alors été applicables à la cession des parts attribuées dans de telles conditions, si les dispositions de l'article 24 de la loi du 30 décembre 1928 leur avaient été

étendues pendant la période où leur négociation est prohibée? Pour remédier à cet inconvénient plus apparent que réel et atteindre le but visé, il eut suffi, croyons-nous, de déclarer expressément que seraient soumises à la nouvelle règle établie par la loi les cessions de parts de fondateur ou parts bénéficiaires représentatives d'apports en nature, à l'exclusion de celles ayant pour objet des parts d'une origine différente.

331. — L'article 24 de la loi du 30 décembre 1928 n'ayant modifié que le taux du droit proportionnel applicable aux cessions d'actions d'apport, nous considérons que ce droit continuera à être liquidé sur le montant du prix exprimé dans l'acte de cession et augmenté des charges, s'il y a lieu (L. 22 frimaire an VIII, art. 14, 5°).

CHAPITRE IV

Des droits exigibles sur l'attribution des apports lors de la dissolution de la Société

332. — Nous avons indiqué les graves divergences existant entre le droit civil et le droit fiscal en ce qui concerne la nature de l'apport en société. Alors que le droit civil voit dans l'apport la source d'une mutation s'opérant au profit de la société, le droit fiscal, considérant l'apport comme simplement déclaratif, enseigne qu'il n'y aura mutation donnant ouverture à un droit proportionnel qu'au cas où, lors de la dissolution de la société, le bien apporté serait attribué à une personne autre que l'apporteur. Issues de principes aussi dissemblables ces deux théories doivent normalement conduire à des résultats fort différents, qu'il s'agisse, soit d'en préciser les conséquences au moment de l'apport en société, soit de déterminer, parmi les effets de la dissolution de la société, la nature juridique de l'attribution à chaque associé de sa part dans le patrimoine social.

333. — Fidèle à sa théorie dite de la « mutation conditionnelle », l'administration suivie par la jurisprudence considère que l'attribution d'un apport à une personne autre que l'apporteur constitue la réalisation de la condition suspensive, sous laquelle celui-ci avait aliéné son bien lors de la constitution de la société et dès lors elle déclare exigible le droit de mutation (1) ; de plus, ajoute-t-elle, par suite de l'effet rétroactif de la condition, la mutation doit être considérée comme s'étant produite dès le jour de l'apport et le droit proportionnel doit, en conséquence, être liquidé sur la valeur du bien au jour, non de la dissolution, mais de l'apport en société (2). Si par contre l'apport est attribué à son auteur la défaillance de la condition suspensive met obstacle à la réalisation de toute mutation et seul le droit de partage est alors dû (3). Si la première conclusion paraît logiquement déduite des principes adoptés par le droit fiscal en matière d'apport en société, celle qui aboutit à ordonner la perception du droit de partage en cas d'attribution de son apport à un associé ne nous paraît pas empreinte de la même qualité. En effet, la condition suspensive, à savoir l'attribution de son bien à un de ses coassociés, sous laquelle l'apporteur l'avait aliéné, étant défaillie, aucune mutation n'est censée s'être jamais produite et l'apporteur est alors réputé n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire ; il devrait en être logiquement conclu qu'aucun droit, autre que le droit fixe, ne peut être perçu, puisque ce bien, dont l'apporteur a toujours conservé la propriété, n'a jamais fait partie d'une masse quelconque indivise et qu'en con-

(1) Cass., 4 février 1901, Instr. 3070.2 ; 25 novembre 1901, Instr. 3080.4 ; 22 décembre 1904, Instr. 3167.2 ; 11 avril 1905, Instr. 3174.3 ; 17 janvier 1922, R. E. 7499.

(2) Cass., 4 février 1901 et 22 décembre 1904, précités ; 22 avril 1909, R. E. 4809 ; V. toutefois, Sol. 29 juin 1894, T. A. v^o Société, n^o 303.

(3) Trib. Seine, 1^{er} juillet 1899, R. E. 2193 ; 13 novembre 1903, R. E. 3480 ; Sol. 9 janvier 1875, J. E. n^o 19691.

séquence le droit de partage n'est pas exigible, le partage étant au surplus impossible. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcé la Cour de Toulouse dans un arrêt du 26 juin 1915 (R. E. 6427). Telles sont les solutions appliquées par l'administration lors de la dissolution de la société.

334. — Le droit civil, au contraire, ainsi que nous l'avons signalé, considère que l'apport en société opère un transfert de propriété de la personne de l'associé au profit de celle de l'être moral société et qu'à partir de sa constitution définitive cet être moral devient seul et exclusif propriétaire des biens qu'il a reçus à titre d'apport.

Lorsque la dissolution de la société survient, soit par suite de l'échéance du terme prévu, soit pour toute autre cause « la « personne civile que formait la société cesse d'exister, l'état « de communauté remplace la société et les biens composant « l'actif social deviennent indivis entre les associés » (1) ; il faut alors procéder au partage de ces biens.

335. — Dans ces conditions l'application rigoureuse des principes du droit civil nous amène à conclure que la société étant devenue propriétaire des apports lors de sa constitution, il s'est produit à cette époque une première mutation et que, la propriété de l'être moral cessant par la dissolution de la société, il s'opère à ce moment une seconde mutation, quel que soit l'attributaire des biens apportés ; ce second transfert de propriété doit en tout état de cause être passible du droit proportionnel de mutation.

Tout d'abord la société est vraiment lors de sa constitution devenue propriétaire des apports. En effet, c'est elle qui pendant tout le cours de sa durée jouit exclusivement du droit de vendre et d'aliéner sous quelque forme que ce soit les biens.

(1) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 352.

apportés ; c'est elle qui seule a le pouvoir de les grever le cas échéant d'hypothèques ou d'autres charges réelles quelconques. De plus les règles applicables aux biens composant une indivision sont écartées, lorsqu'il s'agit de biens dépendant du patrimoine d'une société : c'est ainsi que les associés ne peuvent consentir d'hypothèques sur les biens de la société, à concurrence de la part qui leur sera ultérieurement attribuée ; qu'au contraire ils doivent subir toutes les charges, dont ont été grevés par la société les biens qu'ils reçoivent lors de sa dissolution ; ils ont donc bien la qualité d'ayant droit de la société et non de leurs co-associés. Toutes ces conséquences ne peuvent être admises que si la société est propriétaire du fonds social.

D'autre part, il s'opère, avons-nous dit, lors de la dissolution, une nouvelle mutation au profit de la collectivité des associés. Ceci est encore une conséquence directe de la qualité de propriétaire de la société : l'être moral propriétaire disparaissant, ceux qui acquièrent ses droits ne peuvent en être revêtus qu'à la faveur d'une mutation. Cette mutation a d'ailleurs été reconnue par certains auteurs et notamment par MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, qui s'expriment ainsi : « la propriété est acquise à la société d'une manière définitive et irrévocable, de telle sorte que si, lors de la dissolution, les apports sont compris dans le lot de l'associé qui les a faits, une nouvelle mutation s'opère » (1).

De même M. le Professeur Wahl, dans sa note sous Cass. 28 janvier 1895 (S. 96.1.418) recherchant les causes du régime fiscal particulier fait par le législateur aux apports en société, écrit : « le motif de l'exemption du droit proportionnel est une faveur accordée aux sociétés dans le but d'en faciliter la constitution et dans la pensée surtout que, si l'associé se voit attribuer les objets mêmes, dont il a fait apport, il serait

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, 3^e édit., 1907, n° 166.

« d'autant plus injuste d'avoir imposé le paiement d'un droit
« de mutation au moment de la constitution de la société que,
« la société se trouvant ainsi être reconnue propriétaire des ob-
« jets apportés, leur attribution à l'associé, qui les a apportés,
« sera nécessairement une nouvelle mutation également passible
« du droit proportionnel ».

D'ailleurs, au point de vue de la mutation qu'elle opère, la dissolution d'une société ne peut-elle pas être assimilée à une ouverture de succession, où la société disparue tiendrait la place du *de cuius* et les associés celle des héritiers. De même que la translation des biens du *de cuius* aux héritiers constitue une mutation passible dans ce cas particulier des droits élevés de mutation par décès, de même les associés ne reçoivent collectivement la propriété des biens de la société que par suite d'une mutation, qui doit logiquement aussi être soumise aux droits proportionnels.

336. — A partir de la dissolution les biens constituant le patrimoine social tombent dans l'indivision. Conformément à l'article 1872 du Code Civil, dont aucun texte n'écarte l'application aux sociétés commerciales, il faudra donc procéder au partage de cette masse indivise d'après les règles concernant le partage des successions. Les principes du droit civil conduisent donc à percevoir sur cette opération le droit de partage de 0.60 %, alors que, d'après la doctrine de l'administration, les valeurs qui ont supporté le droit de mutation sont affranchies du droit de partage (Sol. 4 janvier 1897, T. A. v^o Société, n^o 468). Et cependant ce droit de 0,60 % n'est-il pas perçu lors du partage d'une succession, alors même que les droits de mutation par décès ont été acquittés ? La perception successive du droit de mutation et du droit de partage ne constitue pas, en effet, une superposition de droits de même nature : alors que le premier n'est exigible qu'à l'occasion d'un acte transla-

tif, le second s'applique exclusivement aux actes déclaratifs. Or la mutation donnant ouverture au droit proportionnel ne s'est réalisée que par suite du transfert de propriété des biens de la société dissoute au profit de l'indivision des associés. Une autre opération est maintenant nécessaire, c'est le partage, qui en raison de son caractère déclaratif, est passible du droit réduit de 0,60 %. D'ailleurs cette conclusion se trouve confirmée par les extraits suivants du Répertoire Alphabétique du Droit Français, v^o Partage, n^o 1471 : « Le partage est exonéré du droit « de mutation parce que... il ne constitue qu'un complément de « la mutation qui a déjà subi le droit proportionnel », et n^o 1472 « ... pourvu que la transmission, qui lui a donné naissance, ait supporté le droit de mutation, le partage n'est assujéti qu'au droit de 0,15 % (actuellement 0,60 %).

337. — Enfin, alors que la théorie de la « mutation conditionnelle » soutenue par l'administration conduit à liquider les droits exigibles sur la valeur du bien au moment de l'apport et selon le tarif en vigueur à cette époque, les principes du droit civil nous obligent à conclure que, par suite de la qualité de propriétaire de la société, personne morale, l'indivision n'ayant commencé qu'au jour de la dissolution, c'est la valeur des biens à cette date, qui devra être prise en considération pour la liquidation des droits.

338. — Le défaut d'harmonie, on peut même dire l'antagonisme entre les solutions du droit civil et du droit fiscal est ainsi nettement établi. Alors, par exemple, qu'à la dissolution de la société le droit civil considère l'attributaire d'un apport comme l'ayant cause direct de la société, tenu comme tel de supporter les charges dont cet apport a pu être valablement grevé par celle-ci, le droit fiscal enseigne, au contraire, que ce même attributaire a pour auteur direct l'apporteur. Comment concilier cette théorie avec le fait, s'imposant même au droit

fiscal, que les biens attribués demeurent néanmoins grevés des charges constituées par une personne qui, selon lui, n'en a jamais été propriétaire ? Nous ne le tenterons pas. Trop souvent, en effet, les solutions du droit fiscal paraissent inspirées, à l'exclusion de tout souci d'ordre juridique, par des préoccupations uniquement pécuniaires. Certes il est indispensable que les ressources nécessaires soient assurées au Trésor, mais n'existe-t-il pas, pour ce faire, des moyens qui, tout en atteignant le but, respectent l'unité de doctrine de notre droit positif ? Il ne s'agit pas, à notre avis, d'adopter ou de repousser une théorie pour le seul motif qu'il doit en résulter, soit une augmentation des recettes du Trésor, soit un dégrèvement pour le contribuable. Un principe reconnu exact doit d'abord être établi pour servir ensuite de base à toutes les solutions qu'en ont à déduire les diverses branches du droit et il est difficile d'admettre qu'un résultat d'ordre juridique puisse être réputé tour à tour vrai ou faux, selon qu'on l'envisage sous l'angle ou du droit civil ou du droit fiscal. Si dans un domaine spécial du droit l'application rigoureuse des conséquences de ce principe soulève des difficultés particulières, il appartient alors au seul législateur d'autoriser par un texte précis une ou plusieurs dérogations pour des cas strictement déterminés.

339. — Il y a lieu d'examiner maintenant comment en pratique les droits sont perçus par l'administration sur les attributions des biens apportés, lors de la dissolution de la société. Une première section aura pour objet l'attribution faite à l'apporteur lui-même et dans une autre section nous étudierons celle qui est faite à une autre personne que l'apporteur.

Il ne sera pas question de l'attribution des apports effectués à titre onéreux, qui, ayant été réellement acquis par la société, même selon le droit fiscal, doivent être assimilés aux acquêts sociaux, lesquels n'appartiennent pas à l'objet de cette étude.

SECTION 1

De l'attribution à l'apporteur

340. — a) Si lors de la dissolution de la société il est attribué à un associé pour le remplir de ses droits le bien qu'il a lui-même apporté, une solution de l'administration du 9 janvier 1875 (J. E., n° 19691) soumet cette opération à la perception du droit de partage, parce que « l'état d'indivision résultant pour les associés de la dissolution porte sur toutes les valeurs du fonds social sans distinction entre celles apportées à l'origine et celles créées ou acquises pendant la durée de l'association ; et l'acte qui, mettant fin à cette indivision, attribue à chacun d'eux la part des biens indivis qui lui revient, soit à raison de son apport, soit pour son émolument dans les bénéfices, donne ouverture au droit gradué sur la valeur nette des biens partagés ». Nous avons indiqué que cette solution ne nous paraissait pas logiquement déduite de la théorie soutenue par l'administration en matière d'apport en société. En effet, l'associé reprenant un apport, dont, selon le droit fiscal, il n'a jamais perdu la propriété, aucun droit de mutation ne peut être dû ; de plus pour la même raison, c'est-à-dire l'associé étant demeuré propriétaire de sa chose, celle-ci n'a été l'objet d'aucune indivision, et le partage n'étant pas possible, le droit y afférent ne saurait être exigé. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononce M. Maguéro critiquant la solution précitée du 9 janvier 1875. « Elle (la solution) se fonde, dit-il, pour soutenir l'exigibilité du droit de partage sur ce que les apports font partie de la masse indivise au même titre que les acquêts. Or c'est là ce qu'il aurait fallu

« démontrer et ce qu'il était impossible de faire en présence
« de la théorie que l'administration a dû imaginer pour jus-
« tifier l'exigibilité des droits de vente dans l'hypothèse où l'ap-
« port est attribué à un associé autre que son ancien proprié-
« taire » (1). En conséquence une telle opération, selon nous, ne
devrait donner lieu qu'à la perception du droit fixe de
22 frs 50 (2).

341. — La même solution est encore admise dans le cas
de reprise des biens apportés opérée par l'apporteur même avant
la dissolution de la société (Trib. Coutances, 24 octobre 1923, T.
A. suppl. 1926, v° Société, n° 139). Où est dans cette hypothèse
l'état d'indivision, dont la cessation pourra ultérieurement don-
ner ouverture au droit de partage ? Seul le droit fixe devrait
être perçu, puisqu'il n'existe d'après le droit fiscal aucune mu-
tation et qu'il n'y a pas d'indivision. Mais si, ayant été antérieu-
rement rempli de ses droits au moyen d'autres valeurs sociales,
l'apporteur reprenait par la suite le bien apporté par lui à la
société, ce n'est plus le droit de partage qui serait exigible sur
cette reprise, mais bien le droit de mutation ; en effet, l'appor-
teur, ayant cessé d'être associé, est devenu un tiers pour la socié-
té ; c'est donc une véritable vente qui s'opère, passible comme
telle du droit proportionnel. (Cass. Req. 17 août 1865, S. 65.1.
422. J. E. 18079).

Cependant il a été soutenu que si un associé, s'étant retiré
de la société, y est ensuite rentré et se voit attribuer lors de
la dissolution le bien par lui apporté, aucun droit de mutation

(1) T. A. v° Société, n° 311.

(2) Sur cette question la jurisprudence est divisée. V. dans le sens
de l'administration, Trib. Seine, 1^{er} juillet 1899, J. E. 25810 ; 13 novembre
1903, S. 1906.2.151 et note de M. Wahl, J. E. 26695 ; 28 octobre 1927,
J. E. 15.5.1928. — Contra : Trib. Reims, 24 juillet 1901, S. 1904.2.222 ;
Trib. Amiens, 30 décembre 1905, R. E. 4067 ; Cour Toulouse, 26 juin 1915,
R. E. 6427.

n'est dû (1). On a essayé de justifier cette opinion en indiquant que d'après le droit fiscal la société après sa dissolution est censée n'avoir jamais existé ; l'apporteur lui-même recevant son apport n'en a jamais perdu la propriété et aucune mutation ne s'est produite. Il nous paraît difficile d'adopter cet avis. En effet, par hypothèse, l'apporteur ne reçoit pas lors de sa retraite les biens par lui apportés, mais, rempli de ses droits de toute autre manière, il perd dès ce moment tout droit aux bénéfices sociaux et au partage ultérieur de l'actif ; il n'est donc plus associé. Les biens qu'il a apportés ne peuvent donc plus être considérés comme sa propriété et il doit être réputé s'en être dessaisi définitivement. Il y a donc bien réellement de sa part une aliénation. Mais au profit de qui cette aliénation s'est-elle réalisée ? La société continuant d'exister, aucune attribution définitive de ces biens n'a eu lieu privativement en faveur d'un quelconque des associés ; or ces biens n'appartiennent plus à l'apporteur et pas encore à un autre associé ; ils ne peuvent donc, selon nous, être considérés que comme la propriété de l'être moral, la société. Car à ce moment il est un fait incontestable, et ce fait c'est l'existence de la société, qui seule possède le droit d'aliéner les biens en question ou de les grever de charges réelles. C'est pourquoi nous estimons qu'il devrait être perçu, à l'occasion de la retraite d'un apporteur en nature désintéressé autrement que par la reprise de ses apports, un droit de mutation, dont le montant serait acquitté par la société devenue, même aux yeux du droit fiscal, propriétaire des apports ; les biens ayant fait l'objet de cette mutation figureraient, lors de la dissolution de la société, dans la catégorie des acquêts sociaux. Dans ces conditions il serait indifférent qu'à la faveur d'une rentrée postérieure dans la société, les biens originellement apportés par l'actionnaire, qui s'est

A. J. Maguéro, T. A. (1) Loc. cit., n° 311.

retiré, pussent lui être attribués lors de la dissolution ; ce ne serait plus, en effet, comme apporteur des biens en question, qu'il ferait à nouveau partie de la société, mais simplement en qualité ou de cessionnaire d'actions, ou de souscripteur d'actions émises lors d'une augmentation de capital, ou même comme apporteur de nouveaux biens, et l'attribution, qui lui serait faite des biens apportés par lui, au moment de la constitution de la société, ne pourrait donner ouverture qu'aux droits dont sont passibles les allotissements d'acquêts sociaux.

342. — Le droit de partage actuellement fixé à 0,60 % doit être liquidé, aux termes de l'article 47, 21°, du Code de l'enregistrement, sur le montant net de l'actif partagé. Si le bien apporté et repris par l'auteur de l'apport a subi depuis la date de cet apport une certaine plus-value, le montant de cette plus-value, dont profite l'apporteur, est-il passible du droit de mutation ? Admettant un instant la théorie du droit fiscal, nous rappelons qu'à ses yeux la reprise de l'apport par l'associé même qui l'a effectué vaut défaillance de la condition suspensive, sous laquelle le bien avait été aliéné : donc l'apporteur est et n'a jamais cessé d'être propriétaire ; il ne saurait donc y avoir perception d'un droit de mutation sur le montant de la plus-value d'un bien qui lui a toujours appartenu, cette plus-value étant sa propriété par droit d'accession (art. 551 C. Civ.). Cette solution, logiquement déduite de sa théorie de la « mutation conditionnelle », n'a cependant été admise que partiellement par l'administration et seulement pour le cas où la plus-value réalisée a une cause naturelle. Par contre si la plus-value résulte d'impenses ou d'améliorations faites par la société, l'administration considère cette plus-value comme un acquêt social et elle la déclare passible du droit proportionnel de vente sur la valeur des parts acquises par l'attributaire, c'est-à-dire dé-

duction faite de sa part personnelle dans cette plus-value (1). Cette prétention ne nous paraît pas reposer sur une base bien solide : si, en effet, la plus-value est dans ce cas un acquêt social, c'est que la société, qui n'a pu en acquérir la propriété qu'en vertu du droit d'accession, était devenue propriétaire de l'apport et alors toute la théorie de la « mutation conditionnelle » s'effondre. Ici encore nous voyons apparaître, avec le dédain de l'administration pour les contradictions, son unique souci de percevoir des droits aussi fréquents et élevés que possible.

343. — b) Il est peu fréquent que l'attribution d'un apport, lors de la dissolution de la société, à l'apporteur lui-même le remplisse exactement de ses droits. Si la valeur du bien qu'il reçoit excède sa part dans le patrimoine social, il devra verser à ses coassociés le montant de cet excédent sous la forme d'une soulte. Or « la soulte n'est autre chose que le prix de « la vente consentie par les co-partageants à celui d'entre eux « qui reçoit des valeurs indivises excédant sa part dans la « masse » (1). Mais il ne s'agit ici ni de vente, ni de valeur dépendant d'une indivision, puisque l'apporteur est censé n'avoir jamais perdu la propriété de l'apport : il ne saurait donc être logiquement perçu aucun droit de mutation sur le montant de cette soulte (2).

Mais un autre cas peut encore se présenter : celui par exemple, d'un associé, auquel est attribué un bien apporté par lui à la société pour partie à titre gratuit et pour partie à titre onéreux. Reprenant le bien, en tant que celui-ci a fait de sa part l'objet d'un apport pur et simple, il réalise une opération qui n'est assujettie qu'au droit de partage, selon la

(1) Dans le même sens, Cass. 17 décembre 1838, S. 39.1.539 ; Trib. Corbeil, 8 décembre 1920, R. E. 8145.

(1-2) Maguéro, T. A. v° Société, n° 311.

doctrine de l'administration, et sur l'attribution de la partie du bien qu'il a apportée à titre onéreux, seul le droit de partage, à l'exclusion de tout droit de mutation, sera encore dû, puisque cette partie de bien devenue un acquêt social est tombée, lors de la dissolution, dans l'indivision. Cependant la solution changerait si une soulte était mise à sa charge pour la partie des biens apportée par lui à titre onéreux : il s'agirait, en effet, vraiment d'un prix à payer par lui parce qu'il reçoit « des valeurs indivises excédant sa part dans la masse » et le droit de mutation serait alors exigible (1).

344. — c) En conformité de sa théorie, selon laquelle aucune mutation ne se produit si l'apporteur devient attributaire du bien par lui apporté, une solution de l'administration du 12 juillet 1901 (Instr. 6 décembre 1902, 3099.10) décide qu'une telle reprise par l'associé, lorsqu'il s'agit d'immeubles, ne peut être considérée comme un acte étant de nature à être transcrit et ne saurait dès lors être passible du droit de transcription. Cette conséquence logique des principes du droit fiscal est cependant regrettable. En effet, l'article 8 de la loi du 13 juillet 1911 a assujetti au droit de transcription les apports immobiliers effectués à une société à titre gratuit ; il en résulte que les états concernant des biens immobiliers et délivrés, après la dissolution de la société et l'attribution des biens aux associés, par les conservateurs des hypothèques aux tiers, qui les en auront requis, contiendront comme dernière transcription de mutation de propriété celle opérée au nom de la société. Les renseignements fournis par les états du conservateur seront donc inexacts. Nous déplorons la dispense du droit de transcription accordée à cette attribution, aussi vivement d'ailleurs que l'exemption de même nature dont jouissent les actes de partage

(1) Trib. Reims, 31 mars 1860, J. E. 17162.

quels qu'ils soient, et que M. le Professeur Planiol qualifie de « lacune fâcheuse dans le régime de publicité organisé pour « la propriété foncière » (1).

345. — Les diverses règles exposées ci-dessus s'appliquent lorsque l'attribution à un associé de biens apportés par lui à la société est le résultat d'une licitation.

SECTION 2

De l'attribution à une autre personne que l'apporteur

346. — Indiquons de suite que si le bien est attribué à un tiers non associé, aucune particularité n'est à signaler et que dans ce cas l'opération est soumise à toutes les règles applicables, d'après le droit fiscal, lorsque se produit une mutation de propriété. Nous ne nous occuperons donc que de l'attribution d'un apport à un associé autre que l'apporteur.

347. — Quoique de nombreuses décisions judiciaires aient été auparavant rendues conformément à la thèse soutenue par l'administration, c'est particulièrement dans un arrêt du 27 juin 1882 (S. 83.1.382 ; J. E. 21925) que la Cour de Cassation paraît avoir pour la première fois nettement formulé la théorie de la « mutation conditionnelle », d'après laquelle l'apport d'un bien en société emporte mutation sous condition suspensive que ce bien, lors de la dissolution, soit attribué à un autre que l'appor-

(1) Planiol, Traité élémentaire, 9^e éd.t., t. III, n^o 2405.

teur (1). De cette théorie il résulte que l'attribution du bien apporté à un coassocié de l'apporteur vaut réalisation de la condition suspensive et que, par suite de l'effet rétrocatif de la condition, la mutation est censée s'être produite au jour de l'apport, c'est-à-dire que l'associé attributaire est réputé avoir dès ce moment acquis la propriété du bien et la tenir directement de l'apporteur. Nous avons déjà procédé à la critique de cette théorie, nous n'y reviendrons pas et nous nous bornerons à examiner dans la présente section comment elle est appliquée dans la pratique.

348. — a) L'attribution de l'apport à un associé autre que l'apporteur réalisant, d'après l'administration, un transfert de propriété de la tête de celui-ci sur celle de celui-là, il ne saurait être question de percevoir à cette occasion un droit de partage et c'est le droit proportionnel de mutation qui devient exigible.

La cause déterminante qui donne ouverture à la perception du droit de mutation est donc le fait qu'un apport est, lors de la dissolution de la société, mis au lot d'un associé autre que celui qui l'a effectué. Mais dès avant la dissolution de la société il peut arriver que le droit de mutation devienne exigible : c'est ce qui se produit, lorsqu'au cours de l'existence de la société un actionnaire, qui se retire, est désintéressé au moyen de la remise de valeurs sociales provenant d'apports effectués par d'autres associés. Cette remise vaut réalisation de la condition suspensive, sous laquelle a été effectuée la mise en société des valeurs sociales en question, et, le transfert de propriété étant définitivement accompli, le droit de mutation devient immédiatement exigible.

(1) Sic, Cass. 4 février 1901, Instr. 3070.2 ; 25 novembre 1901, R. E. 2874 ; 22 décembre 1904, Ch. Réunies, S. 1906.1.97, Instr. 3167.2 ; 11 avril 1905, Instr. 3174.3 ; 22 avril 1909, R. E. 4809 ; 28 avril 1911, J. S. 1912.25 ; 15 juin 1920, J. S. 1921.156 ; 17 janvier 1922, R. E. 7499.

349. — C'est aussi pour la perception du droit de mutation que se prononcent l'administration et la jurisprudence, lorsque un associé devient à la dissolution de la société attributaire des biens apportés par un autre associé, alors même que cet attributaire se serait rendu antérieurement propriétaire des actions de l'apporteur (1). L'apporteur, dit-on, a définitivement perdu la propriété de ses biens ; une transmission de propriété s'est opérée en faveur de l'attributaire et les conditions, auxquelles la théorie de la « mutation conditionnelle » subordonne l'exigibilité de droit de mutation, se trouvant réalisées, ce droit doit dès lors être perçu. Il importe peu que, sur l'acquisition des actions de l'apporteur, l'attributaire ait acquitté le droit proportionnel de cession d'actions : les deux opérations sont, en effet, absolument distinctes et indépendantes et les droits perçus lors de la première ne peuvent être imputés sur ceux qui sont dus à l'occasion de la seconde (2). Cependant si l'attributaire a acquis les droits de l'apporteur au moyen d'une cession d'actions d'apports consentie pendant la période de non-négociabilité desdites actions et qu'à cette occasion, en vertu de l'article 24 de la loi du 30 décembre 1928, les droits de mutation aient été perçus sur cette cession au taux fixé pour les biens représentés par les actions cédées, l'attribution de ces biens au cessionnaire de l'apporteur, lors de la dissolution, ne donnerait pas, conformément au dernier alinéa du même article, ouverture au droit de mutation, celui-ci ayant déjà été acquitté lors de l'enregistrement de la cession. De même si après une telle cession l'apporteur originaire était lors de la dissolution déclaré attributaire des biens apportés par lui au début de la

(1) Cass. 8 novembre 1864, S. 65.1.137 ; 2 décembre 1873, S. 74.1.225 ; Trib. Marseille, 5 décembre 1911, R. E. 5659 ; Trib. Seine, 13 novembre 1912, R. E. 6284.

(2) Cass. 8 novembre 1864, précité ; Trib. Sedan, 19 avril 1910, R. E. 5157.

société, il devrait être sur cette attribution perçu le droit de mutation.

Même en adoptant la théorie de la « mutation conditionnelle » cette solution ne nous paraît admissible que si l'attributaire est entré dans la société en même temps que l'apporteur et si il ne s'est rendu acquéreur que d'une partie des actions de celui-ci.

Tout d'abord si la première condition fait défaut, c'est-à-dire si l'attributaire ne faisait pas partie de la société au moment où l'apport a été effectué, les conséquences de la théorie de la « mutation conditionnelle » ne semblent plus pouvoir s'appliquer. En effet, d'après cette théorie, l'apporteur transmet à ses coassociés la propriété des biens, qu'il apporte, sous la condition suspensive que ceux-ci en seront déclarés attributaires lors de la dissolution de la société ; et ceci n'est possible que si l'on admet l'existence à ce moment entre les divers coassociés d'un acte synallagmatique d'aliénation soumis à une condition. Or, comment un tel acte pourrait-il se réaliser entre l'apporteur et une personne qui à ce moment ne fait pas partie de la société ? Comment établir l'existence du concours de volontés nécessaire à la formation de tout acte synallagmatique ? Etranger à la société à cette époque, le futur attributaire non seulement ne possédait aucun droit même éventuel ou soumis à une condition à l'acquisition des biens de l'apporteur, mais il ignorait sans doute l'existence même de la société. Bien plus si le futur attributaire n'est devenu actionnaire que très longtemps après la date de la constitution de la société, c'est-à-dire de l'apport, peut-être ce nouvel actionnaire n'existait-il même pas à ce moment ! Et cependant le droit de mutation a été déclaré exigible, en vertu de la théorie de l'administration, sur l'attribution à un associé, entré dans la société postérieurement à la constitution, d'un bien apporté par un autre associé. (Trib. Saint-Etienne, 12 juillet 1843. J. E. 13364).

D'autre part si, contrairement à la seconde condition, l'attributaire s'est rendu acquéreur de la totalité des actions de l'apporteur ou si par tout autre procédé celui-ci a cédé à diverses personnes la totalité des actions qu'il possédait dans la société, la solution de l'administration nous paraît encore difficilement explicable. En effet, nous avons indiqué précédemment que, par suite de la retraite d'un associé désintéressé autrement que par la reprise de ses apports personnels, cet associé perdait inévitablement et définitivement la propriété que l'administration lui reconnaît d'une manière exclusive, même après la constitution de la société, sur les divers biens par lui apportés et que la disparition du droit de propriété de l'apporteur sur ces biens, qui n'appartiennent encore à aucun autre coassocié, avait pour effet nécessaire d'opérer un transfert de ce droit de propriété au profit de la société. Il en résulte que, si un droit de mutation est alors exigible, ce n'est pas l'attribution des biens de l'apporteur au cessionnaire des actions de celui-ci qui y donnera ouverture, mais bien la transmission du droit de propriété qui s'effectue en faveur de la société au moment de la retraite de l'associé. Les apports, devenus ainsi propriété de la société, seront régis, lors de la dissolution, par les règles applicables aux acquêts sociaux.

350. — Cependant la solution de l'administration exigeant la perception du droit de mutation sur l'attribution d'un apport à un associé autre que l'apporteur n'est pas d'une application absolue. Elle souffre même une exception importante dans le cas où l'attributaire, quoique différent de la personne de l'apporteur, recueille cet apport en sa qualité d'héritier de l'apporteur. En effet, antérieurement au partage du patrimoine social, l'héritier a recueilli dans la succession tous les droits que possédait son auteur dans la société et c'est aux lieu et place du *de cujus* qu'il prend part aux opérations de liquidation. Il n'y

a donc pas à percevoir d'autres droits que ceux qui seraient exigibles, si l'attribution avait lieu en faveur de l'apporteur. (Trib. Lille, 1^{er} avril 1898, R. E. 1754).

351. — Pour que le droit de mutation soit exigible, il faut cependant qu'il y ait attribution réelle et définitive du bien à un associé autre que l'apporteur. Or, cette condition se trouve-t-elle remplie, si les associés, procédant au partage d'une partie seulement du patrimoine social, conviennent d'ajourner à une date ultérieure indéterminée le partage de l'autre partie? Nous ne le pensons pas, quoiqu'un jugement du Tribunal de Mulhouse du 19 février 1863 (J. E. 17754) se soit prononcé dans le sens opposé. Des associés, lors de la dissolution de la société, s'étaient réparti entre eux tout l'actif mobilier et avaient décidé de surseoir au partage des immeubles, qui devaient plus tard être vendus moyennant un prix qui serait alors attribué à chaque associé proportionnellement à l'importance de ses droits dans la société. L'administration soutint que le droit de mutation immobilière devait être perçu sur la valeur des parts indivises acquises dans l'actif immobilier par les associés étrangers à l'apport des immeubles ; par le jugement cité plus haut le tribunal de Mulhouse admit la prétention de la régie. Cette décision fut, à notre avis, justement critiquée par divers auteurs. En effet la convention intervenue entre les associés n'avait pas pour effet de leur faire dès ce moment acquérir un droit de copropriété dans les immeubles sociaux ; ces biens pouvaient être ultérieurement ou vendus à des tiers, ou attribués en totalité à l'un des associés ou encore attribués indivisément à plusieurs associés et il nous semble bien que, même d'après les principes de la « mutation conditionnelle », il était nécessaire de surseoir jusqu'à une attribution définitive pour réclamer et liquider le droit de mutation, qui pouvait d'ailleurs ne jamais devenir exigible, si les immeubles étaient repris par les apporteurs.

352. — La perception du droit de mutation sur l'attribution d'un bien, lors de la dissolution de la société, à un associé autre que l'apporteur a donné lieu à une vive controverse dans l'hypothèse où, des apports ayant été effectués indivisément par les copropriétaires, un de ces copropriétaires reçoit lors du partage la totalité des biens indivis, les autres copropriétaires étant désintéressés au moyen de valeurs provenant d'acquêts sociaux. Abstraction faite d'une délibération déjà ancienne (6 mars 1837), qui admettait sur un tel allotissement la perception du seul droit de partage, la régie a toujours soutenu depuis que, en vertu de sa théorie de la « mutation conditionnelle », il s'opérerait à l'occasion d'une telle opération une mutation de propriété au profit de l'attributaire à concurrence de l'excédent de la part indivise qu'il possédait déjà dans les biens communs et que le droit proportionnel de vente était exigible sur la valeur des parts nouvelles ainsi acquises par lui. De nombreuses décisions de jurisprudence ont d'ailleurs statué dans ce sens (1). Toutefois la majorité de la doctrine a rejeté cette solution.

Mais c'est particulièrement à l'occasion des jugements et arrêts rendus dans une affaire Ternynck frères que sont manifestés les arguments invoqués à l'appui ou à l'encontre de la thèse de l'administration. La société constituée par les trois frères Ternynck avait reçu à titre d'apport divers immeubles appartenant indivisément aux apporteurs, qui les avaient recueillis dans la succession de leur père ; à la dissolution de la société la totalité des immeubles indivis fut attribuée à l'un des apporteurs, les autres recevant dans leur lot des biens acquis par la société. L'administration perçut sur l'attribution des immeubles indivis le droit de mutation à concurrence de la valeur des deux tiers desdits immeubles, cette quotité repré-

(1) Cass. 14 avril 1847, S. 47.1.378 ; 21 février 1853, S. 53.1.206 ; 24 décembre 1879, S. 80.1.225 ; Trib. Lyon, 31 mai 1877, R. P. 5251 ; Trib. Arras, 17 mars 1897, R. E. 2029.

sentant d'après elle les parts acquises par l'attributaire. Sur une demande tendant à obtenir la restitution des droits, que les frères Ternynk considéraient comme indûment perçus, un jugement du Tribunal civil de Lille du 6 mai 1897 (J. E. 25292) reconnut le bien-fondé des conclusions des demandeurs, attendu que, « l'attribution de la totalité des immeubles indivis à l'un « de ceux qui les ont apportés n'est pas le résultat d'une cession « passible d'un droit de mutation, mais d'un partage qui, ré- « troagissant au jour de la succession, confirme les droits de « l'héritier sur les biens compris dans son lot et anéantit les « droits de ses cohéritiers sur ces mêmes biens conformément « à l'article 883 du Code Civil;... attendu d'un autre côté que « la réunion dans un même partage de biens indivis, pour cau- « ses différentes, n'est défendue par aucune loi, et que, pour « apprécier ce partage, il y a lieu de voir l'opération dans son « ensemble, sans rechercher si chaque lot contient une quantité « égale de biens des diverses origines ». Ce jugement fut favorablement accueilli par l'unanimité de la doctrine, mais sur pourvoi la Chambre civile rendit le 3 juillet 1899 (S. 1900.1.149; J. E. 25703 ; Instr. 3004.5) un arrêt de cassation et renvoya devant le Tribunal de Cambrai. Par jugement du 22 novembre 1900 (S. 1906.1.97, J. E. 26838) le tribunal de renvoi reproduisit la thèse du tribunal de Lille. Ce nouveau jugement ayant été déféré par l'administration à la Cour de Cassation, il appartenait aux Chambres Réunies de se prononcer sur la question controversée. Se conformant à sa jurisprudence antérieure la Cour rendit, toutes Chambres Réunies, le 22 décembre 1904 (S. 1906.1.97 ; J. E. 26838 ; Instr. 3167.2) et sur conclusions conformes de M. le Procureur Général Baudoin, un arrêt par lequel elle cassait le jugement du Tribunal de Cambrai et renvoyait devant le Tribunal de Douai. Après avoir rappelé le principe de l'exigibilité du droit de mutation lors de l'attribution d'un immeuble à un autre que l'apporteur, la Cour ajou-

te « qu'il en est de même lorsque l'immeuble a été apporté « conjointement par les associés, qui le possédaient indivisé-
« ment ; que si, en effet, cet immeuble est attribué en totalité
« par la liquidation à un seul des associés, il s'opère à son profit
« une transmission de propriété des portions de l'immeuble ex-
« cédant celle dont il était propriétaire par indivis et qu'il doit
« être également perçu un droit proportionnel à raison de cette
« mutation... »

353. — L'arrêt du 22 décembre 1904 a fixé définitivement le point de droit et un revirement de la Cour de Cassation sur cette question ne nous semble pas devoir être envisagé, mais de nombreux auteurs persistent dans leurs critiques dirigées contre la solution adoptée par la Cour (1). Conformément à la doctrine des jugements précités des tribunaux de Lille et de Cambrai, l'attribution à l'un des indivisaires de la totalité des immeubles indivis apportés ne constitue aux yeux de ces auteurs qu'une opération de partage portant sur des biens de diverses origines ; or l'article 68, § 3, n° 2 de la loi de frimaire soumet au droit fixe « les partages de biens, meubles et immeubles en-
« tre copropriétaires à quelque titre que ce soit pourvu qu'il
« en soit justifié ». Seul le droit de partage, concluent-ils, doit être perçu sur cette attribution.

Si cependant on admet un instant la théorie de la « mutation conditionnelle » actuellement soutenue par l'administration et consacrée par la jurisprudence de la Cour de Cassation, il semble que l'on doive reconnaître la parfaite concordance entre les conséquences de cette théorie et la solution proclamée par l'arrêt du 22 décembre 1904. Les conclusions de M. le Procureur Général Baudoin données à l'occasion de cet arrêt indiquent très nettement les motifs juridiques auxquels ont obéi les Cham-

(1) Maguéro, loc. cit., n° 321 bis ; Garnier, loc. cit., n° 288, 4° ; Houpin et Bosvieux, op. cit., n° 1557.

bres réunies. Après avoir rappelé qu'un partage s'effectuant par un seul et même acte et faisant acquérir aux copartageants la propriété des biens à la même date, n'est passible que du droit de partage, le Procureur Général ajoute : « ... est-ce qu'il
« peut en être de même lorsque l'attribution des biens parta-
« gés n'a plus lieu à la même époque ; lorsque, pour les uns,
« elle se produit au jour du partage lui-même et par l'effet
« de ce partage ; lorsque pour les autres, elle s'effectue rétro-
« activement au jour de l'apport et par l'effet de la réalisation
« de la condition suspensive ? N'est-il pas évident que dans ce
« cas, à aller au fond des choses, il y a dans cet acte unique
« en sa forme deux partages différents, deux actes qui par sui-
« te, aux termes de la loi fiscale, qui ne s'en tient pas à la forme
« des actes, qui leur restitue leur véritable caractère et qui
« établit la perception sur la réalité, doivent être envisagés
« séparément et donner lieu à des perceptions particulières et
« distinctes ».

Mais, dira-t-on, la solution de l'arrêt des Chambres Réunies conduit à des conséquences peu admissibles, puisqu'un droit de mutation est perçu à l'occasion de la simple attribution de biens indivis, qui ont déjà précédemment subi l'impôt élevé des mutations par décès. Nous ne pensons pas devoir, pour décider du rejet ou de l'adoption d'une solution d'ordre fiscal, prendre en considération l'intérêt que peuvent y avoir le Trésor ou les contribuables, mais si de ce chef des critiques sont autorisées, ce n'est pas contre des décisions judiciaires, qui ne font qu'appliquer les conséquences d'une théorie admise, que ces critiques doivent être dirigées, mais bien contre les théories mêmes susceptibles de susciter de telles décisions.

354. — Conformément au principe consacré par l'arrêt du 22 décembre 1904, une solution de l'administration du 13 juillet 1876 (J. E. 20162) a décidé que le droit de mutation n'é-

taut pas dû, si deux copropriétaires indivis d'un immeuble et d'un fonds de commerce font apport du tout à une société et reçoivent sans soulte, lors de la dissolution, l'un l'immeuble, et l'autre le fonds de commerce. Il y a vraiment alors partage s'effectuant par un seul et même acte et faisant acquérir aux copartageants la propriété des biens à la même date.

Enfin et selon la règle signalée antérieurement, si de deux indivisaires, l'un décède laissant pour seul héritier l'autre indivisaire, l'attribution au survivant de la totalité du bien apporté par l'un et l'autre indivisément ne donnera pas ouverture au droit de vente, mais uniquement aux droits de mutation par décès. (Trib. Lille, 1^{er} avril 1898, R. E. 1754). C'est en effet comme héritier et non comme copartageant que le survivant reçoit la part du prédécédé.

355. — La règle suivant laquelle le droit de mutation doit être perçu, lors de l'attribution d'un apport à un associé autre que l'apporteur, s'applique quelle que soit la nature des biens attribués, immeubles, fonds de commerce, meubles corporels ou incorporels, etc... Toutefois la société devenant dès l'apport propriétaire des biens qui consistent en choses fongibles, telles que espèces, denrées, il y a lieu de les considérer comme des acquêts sociaux et le droit à percevoir lors de leur attribution ne dépend pas de la personne de l'associé, qui s'en trouve alloti. Cependant les marchandises dépendant d'un fonds de commerce, quoique susceptibles d'être vendues en totalité et remplacées par d'autres, à mesure que les premières sont écoulées, ne sont pas traitées comme des choses fongibles : elles représentent en effet, un des éléments de l'*universitas rerum* que constitue le fonds de commerce et comme telles leur attribution est passible du droit spécial de 2 % exigible sur les ventes dont elles font l'objet.

356. — b) Lorsque l'attribution d'un apport à un associé donne ouverture au droit proportionnel de mutation, ce droit doit être perçu au tarif établi pour la mutation des biens faisant l'objet de l'attribution. Nous renvoyons à ce sujet aux indications données précédemment à l'occasion des tarifs régissant les apports à titre onéreux. Les autres règles établies par le droit fiscal et relatives au délai dans lequel les mutations doivent être enregistrées, aux déclarations à effectuer en l'absence d'actes constatant ces mutations, ainsi qu'aux pénalités encourues pour infractions aux diverses règles établies et à la prescription sont applicables en notre manière.

Si le droit à percevoir sur l'attribution d'un apport à un associé autre que l'apporteur est en général le droit de vente, il peut cependant parfois arriver que l'attribution ne donne ouverture qu'au droit d'échange (1). C'est ainsi, à notre avis, que seul le droit d'échange serait exigible, au cas où, deux immeubles ayant été apportés en société par leur propriétaire respectif, l'immeuble de l'un serait, lors de la dissolution, attribué à l'autre. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcé le Tribunal de Marseille dans un jugement du 22 janvier 1885 (J. E. 22491). Antérieurement une délibération de l'enregistrement du 25 janvier 1836 (J. N. 9154) avait même admis que le droit d'échange, à l'exclusion du droit de vente, doit être perçu, si, le fond social étant exclusivement immobilier, l'apporteur d'un immeuble attribué à un autre associé reçoit des immeubles provenant d'acquêts sociaux. Cette solution ne nous paraît pas répondre aux conséquences logiques de la théorie de la « mutation conditionnelle ». En effet, selon cette théorie, la mutation résultant de l'attribution est censée rétroagir au jour de l'apport, date à laquelle l'apporteur a aliéné son bien

(1) Cette particularité ne concerne que les immeubles, puisque le tarif de 6,60 % est applicable indifféremment aux ventes et échanges de meubles.

sous condition suspensive. C'est ainsi qu'il est permis de voir un échange dans le cas sur lequel a statué le jugement précité du Tribunal de Marseille, puisque les deux aliénations sont concomitantes, mais si l'un des attributaires est alloti en immeubles provenant d'acquêts sociaux, il n'y a plus simultanéité entre les mutations, dont l'une s'est produite au moment de l'apport et dont l'autre ne se réalise que lors de la dissolution. Il ne saurait donc alors être question d'échange et dans ce cas, selon nous, c'est bien le droit de vente qui doit être perçu.

357. — c) La théorie de la « mutation conditionnelle » enseignant que la mutation réalisée par l'attribution d'un apport à un associé autre que l'apporteur est censée avoir produit ses effets au jour de la mise de l'apport en société, l'administration conclut que le droit proportionnel exigible doit être liquidé sur le montant de la valeur du bien au moment de l'apport et selon le tarif en vigueur à la même époque. Cette solution, qui paraît être une conséquence logique de la théorie de la régie, n'a guère été consacrée que depuis l'arrêt de la Chambre des requêtes du 28 janvier 1895 (S. 96.1.417) rendu dans une affaire Mabile. D'ailleurs les opinions de l'administration elle-même ont fréquemment varié sur cette question. Alors que dans sa défense à un pourvoi rejeté par un arrêt de la Chambre Civile du 24 décembre 1879 (S. 80.1.225) la direction générale soutient que le droit doit être liquidé sur la valeur du bien au jour de l'apport, une solution du 16 septembre 1882 reconnaît que « c'est l'acte de partage qui confirme la mutation et que « c'est sur cet acte que la perception doit être établie au taux « en vigueur et d'après la valeur des biens au jour du partage ». Puis une nouvelle solution du 26 février 1890 reprend les conclusions de la défense au pourvoi rejeté par l'arrêt du 24 décembre 1879, lesquelles quatre ans après se trouvent à nouveau contredites par une solution du 29 juin 1894. (T. A.

1^{re} société, n° 311), dont les termes sont particulièrement précis et favorables à la liquidation du droit sur la valeur des biens au jour du partage. « Il est de principe en droit fiscal, y
 « lit-on, que le droit de mutation ne peut atteindre que la valeur de l'objet transmis au moment même où il entre dans le
 « patrimoine du nouveau possesseur. Or, et c'est là un fait indéniable, contre lequel aucune fiction ne paraît susceptible
 « de prévaloir, c'est seulement à compter du partage et par cet acte que le nouveau possesseur est effectivement devenu propriétaire de l'objet apporté en société par son coassocié. Il
 « serait dès lors illégal et inique d'exiger de lui un impôt hors de proportion avec la valeur de l'objet tel qu'il existait
 « à cette époque ». On pourrait difficilement obtenir une déclaration plus formelle et on aurait pu considérer la question comme définitivement tranchée, mais six mois plus tard fut rendu l'arrêt Mabilley du 28 janvier 1895 duquel nous extrayons le passage suivant : « Attendu en droit, que toute mutation de
 « propriété d'immeubles est soumise au droit proportionnel ; que c'est par une faveur spéciale que la loi de l'enregistrement, en cas de société, permet que lorsqu'un associé apporte
 « dans la société comme mise sociale la propriété d'un immeuble, il ne soit perçu qu'un droit fixe ; que dans ce cas chaque associé est censé retenir conditionnellement la propriété de son
 « apport jusqu'à l'événement du partage ; mais que si, lorsque cet événement s'accomplit, ledit partage attribue tout ou partie des apports à un ou plusieurs associés autres que l'ancien
 « propriétaire, la condition suspensive étant désormais réalisée dans le sens d'une mutation définitive, le droit proportionnel doit être acquitté sur la valeur au jour de l'apport en
 « société des biens ainsi transmis d'une tête à l'autre ». Sans avoir égard à l'opinion formelle manifestée dans sa solution du 29 juin 1894, l'administration dans une nouvelle solution du 15 juin 1895, reprit ses anciennes prétentions et décida

que seule devait être suivie la règle proclamée par l'arrêt du 28 janvier 1895.

A partir de cette époque, la régie n'a plus varié et la jurisprudence, abstraction faite de quelques décisions dissidentes (1), paraît s'être définitivement rangée à l'opinion de la Chambre des requêtes. C'est dans ce sens, en effet, qu'ont été rendus les jugements et arrêts suivants : Trib. Evreux, 31 janvier 1905, R. E. 3810 ; Trib. Seine, 5 mai 1906, R. E. 4211 ; 27 janvier 1908, R. P. 11654 ; Trib. Sedan, 9 mars 1909, R. E. 4888 ; Trib. Seine, 18 mars 1921, R. E. nov. déc. 1923 ; Cass. Civ. 4 février 1901, S. 03.1.49 ; 22 avril 1909, R. E. 4809 ; 17 janvier 1922, R. E. 7499.

358. — Certes, cette solution est la conséquence directe et obligatoire de la théorie de la « mutation conditionnelle », mais cette théorie elle-même étant, comme nous l'avons indiqué précédemment, basée sur une fiction qui heurte de front les enseignements du droit civil, la solution qu'elle engendre aboutit parfois à des résultats bien difficiles à légitimer. Il en est ainsi notamment lorsque l'attribution des biens est prononcée en faveur d'un associé qui ne faisait pas partie de la société au moment de l'apport. Si, en effet, comme cela arrivera fréquemment, le bien a subi entre le jour de l'apport et celui de l'attribution, une notable diminution de valeur, l'associé, au lot duquel il sera placé, devra acquitter le droit de mutation liquidé sur un prix que l'on pourra difficilement considérer comme représentant la valeur du bien au jour où il a été acquis par cet associé, puisque celui-ci par hypothèse n'appartenait pas à la société et qu'en conséquence aucune aliénation même consentie sous condition suspensive n'a pu lui transmettre la propriété de ce bien à cette époque. Un jugement du tribunal

(1) Trib. Trévoux, 17 janvier 1899, R. E. 2029 ; Trib. Avesnes, 30 avril 1903, R. E. 3358.

d'Arras du 3 février 1892 a cependant favorablement accueilli cette conséquence, que l'administration elle-même, dans sa solution précitée du 29 juin 1894, rédigée après l'admission par la Chambre des Requêtes du pourvoi formé par les redevables contre ce jugement, qualifiait à la fois d'illégale et d'inique. D'autre part, le procédé de liquidation du droit de mutation consacré par l'arrêt du 28 janvier 1895 n'est-il pas de nature à permettre à l'administration de hausser encore ses prétentions, lorsque des biens, dont la valeur différente au moment de l'apport est devenue égale lors de la dissolution, sont attribués à des associés différents possédant dans la société des droits égaux ? Cette éventualité est envisagée par M. le Professeur Wahl dans sa note sous cet arrêt (S. 96.1.417) où il écrit notamment : « La « régie ne pourra-t-elle même pas aller plus loin, ne pourra-t-elle soutenir que, vis-à-vis de la loi fiscale, les deux lots étant « inégaux, elle a le droit de se prévaloir de la jurisprudence « admise en matière de partage et de demander une soulte à « l'attributaire du lot qui à ses yeux sera le plus faible ? ». Et si le bien a été au cours de la société détruit en partie, devra-t-on encore liquider le droit de mutation sur la valeur de ce bien au jour de l'apport ? L'application rigoureuse du principe suivi par l'administration et la jurisprudence y conduit, mais un tel résultat nous paraît condamner la théorie qui l'autorise.

359. — Il n'est donc pas tenu compte, selon l'administration et la jurisprudence, de la diminution de valeur qu'a subie le bien depuis le jour de sa mise en société pour la liquidation du droit de mutation. C'est la conséquence logique de la théorie de « la mutation conditionnelle », bien que cette conséquence puisse être qualifiée d'inique et même de contraire aux principes généraux du droit fiscal, d'après lesquels « le droit de mutation ne peut atteindre que la valeur de l'objet transmis

« au moment même où il entre dans le patrimoine du nouveau possesseur ». (Sol. 29 juin 1894, T. A. v^o société, n^o 303). Quelles seront au contraire les solutions à appliquer lorsque le bien aura augmenté de valeur ? Si la plus-value est due à une cause naturelle, on la considère comme appartenant à l'attributaire en vertu du droit d'accession et la liquidation du droit s'opère sur la seule valeur du bien au jour de l'apport. Mais si cette plus-value est le fait de la société, elle est alors réputée constituer un acquêt social et le droit de mutation sera perçu sur le montant de la plus-value, déduction faite de la part de l'attributaire. Nous avons dans la section précédente montré la fragilité de cette prétention ; nous n'y reviendrons pas. D'ailleurs en matière de fonds de commerce la plus-value subie est toujours présumée avoir pour origine la mise en société du fonds de commerce et comme telle est déclarée passible du droit de mutation (Trib. Seine, 5 mai 1906, R. E. 4211).

360. — Le principe de la liquidation du droit de mutation sur la valeur du bien au jour de l'apport souffre cependant une exception en ce qui concerne les marchandises neuves dépendant d'un fonds de commerce. C'est ainsi que le Tribunal de la Seine a dans un jugement du 18 janvier 1901 (R. E. 2643) décidé que si la liquidation du droit s'opérait pour les divers éléments du fonds de commerce sur leur valeur au jour de l'apport, l'impôt toutefois, en ce qui concerne les marchandises, n'était exigible que sur la valeur de celles dont l'existence est constatée au jour de l'attribution. Cette solution est certainement illogique d'après la théorie de la « mutation conditionnelle ». En effet, dépendant d'un fonds de commerce, qui constitue une universalité de droit, on ne comprend pas le régime de faveur instauré par cette décision pour les marchandises par rapport aux autres éléments du même fonds ; le droit de mutation devait être liquidé sur la valeur globale

du fonds de commerce au jour de l'apport, abstraction faite de la valeur particulière de chacun de ses éléments séparés. Aussi nous pensons qu'il faut plutôt reconnaître un caractère empirique à cette solution, que les nécessités matérielles ont commandées : des années très nombreuses, en effet, peuvent s'écouler entre la date de l'apport et celle de la dissolution et pendant ces longs délais des modifications considérables peuvent se produire dans la quantité des marchandises dépendant du fonds de commerce ; le tribunal de la Seine a sans doute reculé devant les conséquences extrêmes d'un système, qui pouvait avoir pour effet de faire liquider le droit de mutation sur des valeurs ne présentant aucun caractère de réalité.

361. — d) L'attribution d'un apport à un associé autre que l'apporteur vaut réalisation de la condition suspensive, sous laquelle l'apporteur a aliéné son bien au moment de la constitution de la société. La mutation est alors définitivement opérée et le transfert de propriété ayant lieu entre vifs, l'acte qui le réalise est, aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1855, sujet à la transcription. Or le droit de transcription a déjà été perçu, conformément à l'article 8 de la loi du 13 juillet 1911, lors de l'enregistrement de l'acte constitutif de la société. L'acte de société cependant n'emportait pas mutation aux yeux de la loi fiscale, puisque d'après elle l'apporteur est demeuré propriétaire du bien apporté. Le transfert définitif de propriété n'ayant définitivement lieu que lors de l'attribution, le montant du droit de transcription perçu à l'origine sera imputé sur le montant des droits exigibles lors de l'enregistrement de l'acte constatant l'attribution. C'est ainsi que sur une attribution d'immeubles il ne sera perçu que le droit actuellement fixé à 12 % sous déduction du droit de transcription s'élevant à 2,40 %, soit finalement 9,60 %.

362. — e) Enfin, ainsi que nous l'avons signalé précédem-

ment, les attributions faisant l'objet de la présente section ne sont passibles, d'après l'administration, que du droit de mutation, à l'exclusion de tout droit de partage (Sol. 4 janvier 1897. T. A. v^o société, n^o 468).

363. — Les règles ci-dessus sont applicables au cas où l'attribution d'un apport à un autre que l'apporteur s'effectue au moyen d'une licitation. Si une licitation de biens sociaux, comprenant à la fois des apports et des acquêts, a lieu moyennant un prix unique, il y a lieu de procéder pour la perception des droits à une répartition proportionnelle du prix entre ces apports et ces acquêts : pour les acquêts le droit sera alors perçu sur la valeur des parts acquises ; quant aux apports ils seront passibles, conformément aux règles ci-dessus exposées, des droits de mutation liquidés, abstraction faite du prix de licitation, sur la valeur des biens et d'après le tarif en vigueur au jour de la constitution de la société (Cass. 17 janvier 1922, R. E. 7499).

CONCLUSION

364. — L'ensemble des règles édictées par le droit français pour la réalisation de l'apport d'un bien à une société par actions prête encore à de nombreuses critiques malgré les réformes partielles opérées depuis la promulgation de la loi fondamentale du 24 juillet 1867. Un premier paragraphe aura pour objet l'énoncé de ces critiques ; dans un second paragraphe nous nous efforcerons de donner un rapide aperçu de certains systèmes étrangers ; enfin un troisième paragraphe sera consacré à formuler d'une manière aussi précise que possible les réformes désirables que nous auront suggérées les critiques précédentes et les solutions du droit comparé.

I

365. — A) Avant d'examiner dans son fonctionnement le système français, en tant qu'il concerne l'objet de la présente étude, qu'il nous soit permis de déplorer qu'une liberté quasi absolue, conforme, il est vrai, au grand principe qui régit la formation des conventions, ait été consacrée par le législateur quant au mode de rémunération des apports. L'intérêt du plus puissant ou du plus influent doit inévitablement l'emporter pour le plus grand dommage du petit actionnaire. Nous reconnaissons qu'en ce domaine une réglementation précise n'est guè-

ré possible, mais ne pourrait-on au moins éviter, que certains associés, qui n'ont effectué aucun apport, au sens juridique et économique du terme, soient traités comme de véritables apporteurs? Ils ont peut-être rendu un service à la société en facilitant sa constitution ; ils ont certes droit à une rémunération, mais c'est tout. Or, abstraction faite du mode de rémunération de l'apport dit en industrie, travail ou concours personnel, indirectement soumis par la loi à certaines restrictions, ces services rendus peuvent être, tout au moins au dire de certains auteurs invoquant à l'appui de leur opinion l'absence d'un texte formel, rémunérés librement par la remise soit d'actions soit de parts de fondateur.

366. — B) Mais il n'est pas suffisant d'autoriser ou de proscrire tel mode de rémunération en considération de la nature des biens apportés, il faut encore et surtout donner la possibilité aux tiers, qui seront sollicités de participer à la constitution de la société au moyen d'un versement en espèces, de se documenter sans trop de difficultés et avec toute l'exactitude désirable sur la consistance et la valeur réelles des apports en nature qui doivent être effectués à la société. On peut relever à ce sujet diverses imperfections :

1° L'engagement que prend le souscripteur d'effectuer le versement de la somme promise est matérialisé par la signature d'une pièce dite « bulletin de souscription », laquelle contient en général une déclaration formelle du souscripteur reconnaissant qu'il a pris connaissance des statuts ; or, dans la majorité des cas, les statuts ne sont à cette époque pas encore rédigés et le souscripteur a dû se contenter d'une brève notice énumérant très succinctement les apports que doit recevoir la société, ainsi que la répartition des bénéfices futurs.

2° Il n'est pas matériellement possible à tous les souscripteurs de se rendre compte exactement par eux-mêmes de la con-

sistance et de la valeur réelles des apports en nature : à certains le temps, à d'autres la compétence technique font défaut. Pour y remédier la loi a institué toute une procédure de vérification des apports et a notamment prescrit la rédaction d'un rapport, dont les conclusions doivent éclairer les souscripteurs. Mais le rapport ne vaudra que ce que vaudront les qualités de compétence et de probité du rédacteur. Or la loi n'a rien prescrit en ce qui concerne le choix de ce rédacteur et son silence légitime la crainte soit de collusions ou de fraudes très variées, soit l'absence en la personne de l'auteur du rapport des connaissances spéciales indispensables.

3° La loi ordonne que le rapport des commissaires aux apports soit tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la date de la deuxième assemblée constitutive. Mais aucune formalité n'est exigée, dont l'accomplissement établirait la preuve que cette prescription a été observée et dans la pratique souvent ce délai n'est pas respecté. D'autre part il est possible que certaines indications du rapport appellent une constatation matérielle de la part des souscripteurs et, si dans ce cas les biens faisant l'objet des apports ne sont pas situés au lieu même de la résidence du souscripteur intéressé et qu'un déplacement soit nécessaire, le délai de cinq jours entre le dépôt du rapport et la tenue de l'assemblée peut paraître insuffisant.

367. — C) Le type de la société par actions est en principe réservé aux vastes entreprises groupant des capitaux importants et réunissant un grand nombre d'associés. Il était en conséquence difficile de subordonner la validité des résolutions des assemblées générales au vote unanime de tous les membres qui les composent et la loi a pris soin d'indiquer la majorité à laquelle, pour être valables, les décisions devraient être prises. Or, dans le cas où, en l'absence de dol ou de fraude, la valeur des apports

en nature d'un associé a été majorée, ne peut-on craindre qu'un vote d'approbation de ces apports n'intervienne à la faveur, soit d'une collusion entre l'apporteur et certains souscripteurs, auxquels des promesses auront été faites, soit d'un entraînement irréfléchi des souscripteurs qu'une fallacieuse éloquence aura réussi à convaincre momentanément ?

368. — D) La sécurité des souscripteurs d'actions de numéraire réside presque exclusivement dans l'accomplissement des formalités de vérification des apports exigées par l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867. Mais dans le dernier aliéna de cet article la loi elle-même a envisagé une exception au principe établi par elle dans les alinéas précédents, pour le cas où l'apport en nature effectué à une société est la propriété indivise de tous les associés, entre lesquels la société est constituée. Or, cette exception a été étendue par la jurisprudence à des cas peut-être similaires, mais néanmoins différents, de telle sorte que le but visé par le législateur n'est bien souvent pas atteint. De plus, quelque légitime qu'apparaisse cette exception dans le cas expressément prévu par la loi, on ne peut nier (V. *supra* n° 124) les graves dangers qu'elle est de nature à offrir, tant pour les tiers qui traiteront ultérieurement avec la société, que pour les souscripteurs aux futures augmentations de capital ou emprunts émis par la société.

369. — E) Pour réduire au minimum le danger résultant pour l'épargne publique et les tiers de la constitution de sociétés par actions réalisée contrairement à ses prescriptions, la loi a édicté diverses sanctions, dont :

1° une responsabilité civile prononcée en faveur des tiers et des associés contre les gérants, membres du premier conseil de surveillance, fondateurs, administrateurs et apporteurs. Mais cette responsabilité est subordonnée à la déclaration de nullité

de la société ; toutefois l'action est encore recevable si elle est intentée dans les trois ans à compter du jour de la constitution, mais elle n'en doit pas moins avoir pour base des faits qui auraient été susceptibles d'entraîner la nullité de la société. Or, la majoration des apports obtenue sans fraude ni dol ne constitue pas une cause de nullité de la société. D'autre part cette responsabilité n'est encourue par les apporteurs que dans l'hypothèse où leurs apports n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'article 4, mais elle ne leur est pas imposée si l'évaluation de leurs apports est simplement exagérée. Or les tiers n'ont pas eu à leur disposition, comme les associés, les moyens de reconnaître que tel ou tel apport a été l'objet d'une évaluation exagérée ;

2° diverses peines correctionnelles encourues par les auteurs de certains délits définis par les articles 13, 14 et 15 de la loi du 24 juillet 1867, le dernier de ces articles déclarant de plus tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie passibles des peines édictées par l'article 405 du Code Pénal. Or faire attribuer par des manœuvres frauduleuses à un apport en nature, lors de la constitution d'une société par actions, une évaluation supérieure à sa valeur réelle, constitue-t-il le délit d'escroquerie ? Il est permis d'en douter, si l'on considère que la loi du 24 juillet 1867 est demeurée muette à ce sujet, alors que l'article 38 de la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée en fait expressément un délit punissable des peines portées à l'article 405 du Code Pénal.

II

370. — Avant de rechercher les moyens susceptibles de remédier aux imperfections, que nous avons cru pouvoir signaler dans la législation française, nous pensons qu'il n'est pas inu-

tile de procéder à un examen rapide des règles que prescrivent certains systèmes étrangers, à l'occasion de l'apport à des sociétés par actions de biens ne consistant pas en numéraire.

371. — A) Présentant une certaine analogie avec notre législation relativement au procédé employé pour la vérification des apports sont notamment à citer les systèmes italien et suisse.

Le Code de Commerce italien du 31 octobre 1882, après avoir indiqué dans son article 89 que l'acte constitutif doit mentionner la valeur de l'objet des apports, stipule dans son article 134 qu'après la souscription du capital une assemblée est convoquée, qui devra « reconnaître et approuver le versement » des parts sociales et la valeur des choses mobilières et immobilières apportées si elle a été déterminée ; ou bien elle nommera un ou plusieurs experts pour en évaluer le juste prix ». Toutefois la vérification des apports n'est pas réglée par la loi italienne avec autant de détails que par notre loi de 1867. Par contre la constitution définitive de la société exige, d'après les articles 91 et suivants du Code de commerce italien, une vérification opérée par le tribunal civil dans le but de s'assurer que toutes les conditions prescrites par la loi sont remplies. A cet effet, l'acte constitutif et les statuts doivent, à la diligence du notaire, qui a reçu l'acte, et des administrateurs, être déposés dans les quinze jours de leur date au greffe du tribunal civil du siège social ; le tribunal, après avoir procédé aux vérifications requises, décide s'il y a lieu d'ordonner la transcription au greffe ainsi que l'affichage de l'acte constitutif et des statuts. Mais cette intervention du tribunal n'a pour but que de rechercher si les conditions de forme exigées par la loi ont été respectées et non pas d'examiner les conditions dans lesquelles le contrat lui-même est formé.

372. — C'est aussi à une approbation émanant de l'assemblée générale des actionnaires qu'en Suisse le Code Fédéral des

obligations subordonne la validité des apports en nature effectués à la société. L'article 619 s'exprime ainsi : « Lorsque un actionnaire fait autrement qu'en argent un apport compris dans le capital social, les statuts doivent indiquer exactement le prix pour lequel la société accepte ces apports ou le nombre des actions données en paiement. Les dispositions de cette nature contenues dans les statuts doivent être approuvées par une décision prise à la majorité dans une assemblée générale convoquée après la souscription du capital social ». Ici encore l'acquisition par la société de la personnalité civile est subordonnée à son inscription au registre du commerce : mais cette inscription n'est plus l'œuvre du tribunal ; elle est opérée par le préposé au registre, entre les mains duquel ont dû être préalablement déposées certaines pièces ; ce fonctionnaire se borne à vérifier la régularité des pièces qu'il a reçues.

373. — B) Un système très différent a été adopté en Belgique par la loi du 18 mai 1873 (Code de commerce, titre 9) modifiée successivement en 1881, 1886, 1901 et enfin par la loi du 25 mai 1913. Nous ne trouvons ici, ni commissaires chargés de rédiger un rapport, ni vérification ordonnée par la loi et effectuée par l'assemblée des actionnaires ; par contre nous rencontrons un régime de publicité particulièrement détaillée, dont le but est d'éclairer aussi exactement que possible les futurs actionnaires dès avant leur souscription. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 30 de la loi du 25 mai 1913, l'acte de société doit notamment indiquer :

1° la spécification de chaque apport qui n'est pas effectué en numéraire, les conditions auxquelles il est fait et le nom de l'apporteur ;

2° les mutations à titre onéreux dont les immeubles apportés à la société ont été l'objet pendant les cinq années précédentes, ainsi que les conditions auxquelles elles ont été faites ;

3° Les charges hypothécaires grevant les biens apportés :

4° Les conditions auxquelles est subordonnée la réalisation des droits apportés en option ;

5° La cause et la consistance des avantages particuliers attribués à chacun des fondateurs ;

6° Le montant au moins approximatif des frais, dépenses, rémunérations ou charges, sous quelque forme que ce soit, qui incombent à la société ou qui sont mis à sa charge à raison de sa constitution.

La constitution de la société peut être réalisée suivant deux modes différents :

a) ou bien tous les actionnaires, c'est-à-dire les apporteurs et les souscripteurs, comparaissent en personne ou par fondés de procuration authentique devant le notaire chargé de dresser l'acte public et la société se trouve alors immédiatement constituée ;

b) ou bien, s'il est fait appel au public, l'acte de société dressé en la forme authentique est publié à titre de projet au « Moniteur Officiel » et les souscriptions ne sont recueillies qu'ultérieurement. Dans ce cas les bulletins de souscription doivent reproduire les principales dispositions des statuts, notamment la consistance des apports et les conditions auxquelles ceux-ci sont faits, et de plus contenir convocation des souscripteurs à une assemblée, qui doit se tenir devant notaire dans les trois mois pour statuer sur la constitution définitive de la société.

Les futurs souscripteurs ainsi renseignés ont toute facilité pour vérifier eux-mêmes ou faire vérifier les indications qui leur sont données par les statuts publiés et prendre en connaissance de cause leur décision.

374. — C) Alors que les législations italienne et suisse, se rapprochant de la législation française, confient à une as-

semblée des actionnaires le soin d'approuver les apports ne consistant pas en numéraire, le régime belge a préféré substituer à la vérification par l'assemblée un système de large publicité permettant au futur actionnaire d'être, **dès avant la signature** du bulletin de souscription, en possession de toutes les indications indispensables. Le nouveau Code de Commerce allemand, mis en vigueur en 1900, a emprunté certaines de ses dispositions à chacun de ces procédés, mais en les renforçant et en les combinant de telle façon que le système, qui en résulte, forme un ensemble très homogène incontestablement préférable à ceux des autres législations européennes.

Nous n'envisagerons que le cas de la constitution d'une société anonyme réalisée par voie d'appel au public. Comme dans le système belge, les statuts, rédigés par cinq fondateurs et contenant notamment, ainsi que nous le verrons plus loin, de nombreuses indications concernant les apports, sont établis en forme notariée ou judiciaire, c'est-à-dire reçus par un notaire ou un tribunal statuant en matière de juridiction gracieuse; ils sont ensuite publiés dans le « Moniteur de l'Empire », sans préjudice de tous autres modes de publicité facultatifs.

Aux termes de l'article 186 du Code de commerce allemand :
« Tout avantage spécial stipulé en faveur d'actionnaires dé-
« terminés doit être fixé dans les statuts, où mention sera faite
« du nom des intéressés ».

« Lorsque des apports doivent être effectués par des action-
« naires autrement qu'en numéraire ou lorsque la société qui
« se constitue prend à sa charge, soit des établissements exis-
« tants ou à créer, soit d'autres éléments d'actif, on détermine-
« ra dans l'acte de société la chose prise ou reprise en charge,
« la personne de qui cette chose est acquise, le montant des ac-
« tions attribuées en paiement ou la somme à payer en ré-
« compense de cette chose ».

« Indépendamment de ces stipulations les statuts contiennent l'ensemble des impenses à inscrire dans le passif social au crédit d'actionnaires ou d'autres personnes à titre d'indemnité ou de récompense pour la préparation ou la fondation de l'entreprise ».

« Toute convention relative aux objets ci-dessus désignés qui n'aurait pas fait dans les statuts l'objet de la détermination sus-visée, demeure sans effet à l'égard de la société ».

De plus l'article 189 précise que tout souscripteur doit signer un bulletin de souscription établi en double exemplaire contenant, outre la reproduction intégrale de l'article 186 ci-dessus, les indications relatives aux apports et à leur mode de rémunération.

375. — Toutes ces prescriptions sont destinées à éclairer le souscripteur, mais la sollicitude du législateur allemand en faveur de l'actionnaire ne s'est pas démentie, lorsqu'il s'est agi de préciser les diverses formalités à accomplir pour l'évaluation des apports. D'après l'article 191 les fondateurs doivent consigner dans une déclaration écrite les motifs essentiels qui justifient l'attribution des sommes en échange des choses apportées à la société ; ils doivent de plus indiquer dans la même déclaration les opérations déjà faites en vue des acquisitions à réaliser au profit de la société ainsi que les prix de ces acquisitions ; enfin s'il s'agit de la cession d'une entreprise à la société la même déclaration doit mentionner les bénéfices réalisés dans l'exploitation pendant les deux derniers exercices.

La vérification de tous les renseignements contenus dans la déclaration écrite des fondateurs est confiée à deux conseils, dont l'un, le Comité de Direction (*Vorstand*) peut être assimilé au Conseil d'administration de nos sociétés anonymes, et l'autre, le Conseil de surveillance (*Aufsichtsrat*) joue à peu près le rôle de nos commissaires des comptes. Ces deux Conseils,

qui ont pendant cette période la mission générale de contrôler la régularité de la constitution définitive de la société, sont nommés par une assemblée générale convoquée après la souscription intégrale du capital social. Cependant, si parmi les membres de l'un ou l'autre de ces deux conseils figure un fondateur ou un apporteur ou encore un bénéficiaire d'une indemnité ou d'une rémunération quelconque relative à la préparation ou à la constitution de la société, la mission de contrôle est alors assurée par des commissaires spéciaux dits « *Revisoren* » désignés par les Chambres de commerce ou des institutions analogues ; si ces institutions font défaut, il est procédé à la désignation des « *Revisoren* » par le tribunal du siège social.

Les conseils ou les « *Revisoren* » chargés du contrôle établissent alors un rapport, qui est déposé au Registre du Commerce du Tribunal ; si le rapport est l'œuvre de « *Revisoren* », il doit être également déposé au siège de leur institution. Puis sur convocation du tribunal une assemblée est réunie que préside un magistrat ; cette assemblée, qui doit comprendre au moins le quart des actionnaires représentant le quart du capital social, prend connaissance du rapport et c'est à elle qu'il appartient de déclarer la société définitivement constituée.

376. — Toutefois une dernière formalité est nécessaire, qui seule confère à la société l'existence légale, à savoir l'inscription au Registre du Commerce. Cette inscription est assurée par les soins du tribunal qui ne l'ordonne qu'après examen des pièces nombreuses que l'article 195 oblige de déposer à l'appui de la demande et notamment des pièces justificatives des apports. Enfin les dispositions statutaires essentielles ainsi que toutes les dispositions concernant les apports sont publiées par la voie de la presse, avec indication qu'il peut être pris connaissance au tribunal des divers documents déposés.

De plus le législateur allemand ne s'est pas désintéressé des fraudes que l'on pourrait tenter de commettre en faisant réaliser par la société une fois constituée l'acquisition de certains immeubles ou établissements d'exploitation, dont il n'aurait pas été fait apport à la société dans le but d'éviter d'avoir à fournir les indications précises et nombreuses exigées notamment par les articles 186 et 191. A cet effet il a édicté dans les articles 207 et 208 les règles suivantes : si l'acquisition a lieu moins d'un an après la constitution de la société, elle doit être approuvée par une majorité égale au moins au quart du capital originaire ; si cette acquisition se réalise plus d'un an mais moins de deux ans après la constitution et si le prix d'achat est supérieur à un dixième du capital social, elle ne peut être approuvée que par une assemblée générale statuant à la majorité des trois quarts des actions représentées.

377. — D) Il nous reste enfin pour terminer ce rapide exposé à dire quelques mots du système appliqué en Angleterre, mais la législation anglaise offre de telles dissemblances avec les autres législations, qu'il nous paraît indispensable, pour une exacte appréciation des garanties données aux actionnaires, de retracer au moins très sommairement l'évolution de la constitution complète d'une société anglaise.

Parmi les sociétés anglaises par actions (*incorporated joint stock companies*) les « *companies limited by shares* » ayant le caractère de « *public company* », c'est-à-dire d'une société, dont le nombre d'actionnaires n'est pas limité, qui se constitue par voie d'appel au public et dont les actions sont librement cessibles, correspondent à notre société anonyme. Les lois, qui les régissent, figurent dans une codification opérée sous le titre de « *Companies Consolidation Act* » par une loi du 21 décembre 1908 ; ce code des sociétés est entré en vigueur le 1^{er} avril 1909 et a subi quelques modifications en 1913 et 1917.

La constitution d'une société anglaise comprend trois phases :

378. — a) Le fondateur (*promoter*) rédige tout d'abord une pièce dit « *memorandum of Association* » contenant les dispositions essentielles qui individualisent la société à former, c'est-à-dire la dénomination, l'objet, l'indication du siège social et le montant du capital social et la déclaration que la responsabilité des futurs actionnaires est limitée ; cette pièce doit être revêtue de la signature de tous les souscripteurs, pour lesquels depuis l'act de 1907 il n'existe plus de nombre minimum et dont la souscription doit être au moins d'une action. Puis le fondateur procède ensuite à la rédaction des statuts dits « *articles of association* », à défaut desquels la société serait régie par des statuts dont le modèle figure sous l'appellation « *table A* » dans la loi de 1908.

Ces pièces sont alors déposées par le fondateur entre les mains du « *Registrar* ». Ce fonctionnaire, greffier du bureau des sociétés, ne se borne pas à transcrire les actes qui lui sont présentés ; il a une véritable mission de contrôle à remplir et ce n'est qu'après avoir soigneusement vérifié la légalité des documents présentés, tant en la forme qu'au fond, et s'être fait remettre la liste des personnes qui consentent à devenir administrateurs de la société, qu'il délivre un « *certificat d'incorporation* ». A partir de ce moment la société est constituée, elle acquiert la personnalité, elle forme, aux termes de l'article 16, § 2, du « *Companies Consolidation Act* », un corps constitué « sous le nom contenu dans le mémorandum, avec capacité « d'exercer toutes les fonctions d'une compagnie incorporée, « ainsi que tous ses droits, possédant un *seeu*, pouvant acquiescir des bien territoriaux ».

379. — b) Mais bien qu'légalement constituée, bien qu'existant juridiquement, cette société ne peut pas encore procéder

à des opérations commerciales d'un caractère définitif. En effet, ainsi que nous l'avons indiqué, l'obtention du premier certificat d'incorporation exige, entre autres conditions, la souscription par plusieurs personnes d'au moins chacune une action ; or ces actions peuvent n'être que d'une livre sterling ou même encore d'une quotité moindre et il peut se faire que le montant de ces souscriptions, représentant une somme effectivement versée de quelques livres seulement, constitue à ce moment l'unique capital de la société. Il est donc indispensable que, préalablement à toute transaction, la société se procure les ressources nécessaires à la réalisation de son objet. Ce n'est pas qu'elle ne puisse déjà contracter, mais les engagements qu'elle prendrait ne seraient que provisoires, aux termes de l'article 87, § 3, du « *Companies Consolidation Act* » ainsi conçu : « Tout contrat passé par la compagnie, avant la date où elle est en droit de commencer ses opérations, ne peut être que provisoire et n'engage la compagnie que provisoirement ; mais à partir de cette date il devient définitif et valable ».

Les efforts de la société vont alors tendre à recueillir dans le public des souscriptions pour réunir un capital lui permettant d'entreprendre ses opérations, mais une formalité importante lui est auparavant imposée par le législateur. Elle consiste dans la rédaction d'un document, dit « *prospectus* » contenant toutes les indications de nature à intéresser les futurs souscripteurs et qui, en ce qui concerne les apports en nature, doit mentionner (art. 81. C. C. A.) :

1° le montant des actions ou obligations qui, dans les deux années précédant la souscription actuelle, ont été délivrées pour un autre motif qu'une libération en espèces, c'est-à-dire en rémunération d'apports ou pour payer des services rendus, rémunérer des concours, etc...

2° la somme due, soit en actions, soit en obligations, soit

en espèces à tous vendeurs des biens déjà acquis par la compagnie ou que celle-ci se propose d'acquérir ;

3° le montant des commissions versées pendant les deux années précédentes à ceux qui ont garanti l'émission d'actions et le taux de la commission allouée à ces intermédiaires pour la souscription actuelle ;

4° la somme payée à tout fondateur pendant les deux années précédentes et celle qui peut encore lui être due ;

5° le montant ou l'évaluation des frais de constitution.

Le « *prospectus* » est établi en deux exemplaires et signé des administrateurs ; l'un de ces exemplaires est déposé entre les mains du « Registrar » et l'autre demeure dans les archives de la société ; puis il est procédé à la publication de ce document.

Lorsque la totalité ou tout au moins la partie du capital indiquée dans le memorandum est souscrite, que les actions ont été réparties et que le vingtième au moins du montant nominal de chaque action a été versé, une déclaration écrite dite « *statutory declaration* » est remise au « Registrar » par un administrateur ou le secrétaire de la société. Cette déclaration constate l'accomplissement des diverses formalités légales et établit que la société a maintenant les ressources nécessaires à son fonctionnement. Après avoir vérifié l'exactitude des diverses énonciations de la déclaration le « Registrar » délivre à la société un second certificat dit « *trading certificate* », qui l'autorise à commencer ses opérations. La délivrance de ce second certificat a de plus pour effet, selon l'article 87, § 3, C. C. A., de rendre définitifs les contrats antérieurement conclus par la société, la condition à laquelle leur validité était subordonnée se trouvant réalisée.

380. — c) Pourvue d'existence juridique et autorisée à entreprendre toutes opérations commerciales, la société n'est ce-

pendant pas encore définitivement constituée. Une dernière formalité reste à accomplir consistant en la réunion d'une assemblée générale des actionnaires (*statutory meeting*) appelée à ratifier la constitution de la société. Cette assemblée doit se tenir entre le trentième et le quatre-vingt-dixième jour qui suit la délivrance du second certificat (*trading certificate*) et elle doit être précédée de l'envoi à chaque actionnaire d'un rapport certifié par deux administrateurs, lequel est également déposé au bureau du « *Registrar* ». Ce rapport, qui doit parvenir aux actionnaires sept jours au moins avant la date de l'assemblée, contient :

1° le nombre total des actions émises, en distinguant les actions de numéraire et les actions d'apport, le montant de leur libération et l'indication de la cause de leur attribution ;

2° le montant des sommes reçues par la société à l'occasion de l'émission des actions ;

3° un compte des recettes et des dépenses ;

4° les nom, profession et adresse des administrateurs, du secrétaire de la société et des commissaires des comptes ;

5° les renseignements détaillés sur tous les contrats, dont on demande à l'assemblée d'approuver la modification.

Si l'assemblée vote les résolutions qui lui sont proposées, la société est définitivement constituée et les contrats signés par les administrateurs la lient irrévocablement. Dans le cas contraire les contrats ne seraient pas opposables à la société, mais ils ont perdu leur caractère provisoire lors de la délivrance du « *trading certificate* » et ils resteraient à la charge des administrateurs. De plus le défaut d'approbation de l'assemblée n'aurait pas de répercussion sur l'existence de la société qui continuerait à jouir de la personnalité morale.

L'inaccomplissement de ces dernières formalités, à savoir

la rédaction et l'envoi du rapport et la réunion de l'assemblée dans les délais prescrits, comporte une importante sanction. En effet, aux termes d'une disposition de l'article 12, § 8, de l'Act de 1900 reproduite par l'article 65, § 8, du « *Companies Consolidation Act* », « quinze jours après le dernier jour où l'assemblée aurait dû être tenue, tout actionnaire peut demander « à la Cour la liquidation de la société ». La Cour toutefois jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour rendre sa décision : elle peut ordonner la liquidation, mais elle peut aussi enjoindre qu'il sera procédé tardivement à la formalité omise sans accorder la liquidation.

381. — De l'exposé qui précède des trois phases par lesquelles doit passer une société anglaise en voie de constitution, il résulte que la protection de l'actionnaire est assurée dans la loi anglaise par un large système de publicité des clauses statutaires et notamment de celles qui ont trait aux apports en nature. Mais la loi est demeurée muette sur les procédés à employer pour parvenir à une juste appréciation des apports. Cette lacune a heureusement été comblée par la coutume si puissante dans tout le système juridique anglais. La pratique s'est généralisée (et aucune société sérieuse ne tenterait de s'en affranchir) de faire procéder, dès avant la rédaction du « *prospectus* », à une expertise des divers biens, dont l'apport doit être fait à la société. Cette expertise, dont les résultats figurent dans le « *prospectus* » est faite par les soins d'experts-comptables connus sous le nom de « *Chartered Accountants* ». Dépourvus de tout caractère officiel, ces experts, membres du « *Royal Institute of Chartered Accountants* » ont su par leurs méthodes ainsi que par leur compétence et leur probité donner une réelle autorité à leurs conclusions, dont les tribunaux eux-mêmes ne manquent pas de tenir compte, le cas échéant. Lorsque l'apport a pour objet des biens, dont l'évaluation exige des connais-

ces spéciales et techniques, l'expertise est en général confiée à des spécialistes appartenant à d'anciennes firmes, dont la réputation est à tous points de vue à l'abri de toute critique ; aussi la même autorité est-elle reconnue aux rapports de ces spécialistes, qu'à ceux qui sont l'œuvre des « *Chartered Accountants* ».

382. — Enfin il faut encore signaler une disposition spéciale de la loi anglaise concernant la rémunération qui peut être allouée aux fondateurs. Le législateur n'a ni indiqué le mode de rémunération, ni limité l'importance de cette rémunération, mais il a expressément ordonné qu'aucun avantage ni aucune indemnité ne fût accordé à un fondateur d'une manière occulte et hors la connaissance des actionnaires ; à cet effet les sommes versées ou à verser à un fondateur doivent être indiquées dans le « *prospectus* ». Il résulte de cette disposition de la loi que le fondateur ne peut faire aucun profit direct ou indirect aux dépens et à l'insu de la société ; c'est ainsi que le fondateur, qui aurait acquis un bien pour en faire ensuite apport à la société, ne pourrait réaliser cet apport pour un prix supérieur à celui qu'il a déboursé ; il serait dans le cas contraire tenu de restituer le bénéfice indûment perçu. Le législateur anglais a ainsi échappé à une des critiques les plus fondées que l'on puisse adresser aux conditions dans lesquelles les sociétés anonymes sont trop souvent constituées.

III

383. — L'exposé très sommaire qui précède nous a permis de constater qu'en plus du système de l'approbation des apports par l'assemblée générale des actionnaires (systèmes français, italien, et suisse), certaines législations étrangères ont recours, pour assurer au souscripteur une garantie aussi étendue que possible, à divers procédés que l'on peut ainsi désigner :

1° large publicité préventive ;

2° évaluation des apports par des professionnels étrangers à la société ;

3° intervention du pouvoir judiciaire dans la constitution définitive de la société.

Or, aucun de ces système appliqué isolément à l'exclusion des autres ne nous paraît atteindre le but proposé.

Si, en effet, on se borne à utiliser le système de la publicité préventive, il est à craindre que le futur souscripteur réduit à ses moyens personnels ne puisse en vérifier complètement tous les éléments, soit faute de compétence, soit par impossibilité matérielle ; les diverses indications portées à sa connaissance ne lui seront donc pas d'un grand secours.

Par contre l'évaluation des apports par des experts professionnels paraît presque se suffire à elle-même , mais il faut cependant reconnaître que la mission des experts sera considérablement facilitée par les nombreux renseignements que la publicité préalable aura mis à leur disposition ; de plus, s'il est à craindre qu'à défaut de cette publicité les apporteurs et fondateurs ne donnent parfois aux experts des indications ou incomplètes ou même à dessein erronées, ce danger est moins à redouter lorsque ces indications doivent être auparavant et pendant un certain temps portées à la connaissance de tous.

Enfin l'intervention du pouvoir judiciaire nous paraît sans objet, si l'un au moins des moyens précédents et particulièrement le second n'a pas été employé. Il ne saurait, en effet, être question de demander au Tribunal ou au magistrat qui le représente, de se livrer par lui-même à des investigations ou à des recherches tendant à établir la valeur réelle des apports ; il ne peut s'agir, en ce qui le concerne, que d'une mission de contrôle, ayant pour but de vérifier le travail antérieurement effectué. A défaut de ce travail l'examen du tribunal ne pourrait porter

que sur l'accomplissement des formalités légales et l'expérience enseigne malheureusement qu'une société, bien que légalement constituée, peut être entachée de certains vices de fond et vouée en conséquence à une perte aussi certaine qu'imminente.

384. — Loin donc de s'exclure, ces trois procédés se complètent mutuellement, mais tout en estimant qu'il y a lieu de s'en inspirer pour déterminer les réformes à introduire dans notre législation des sociétés, nous pensons cependant que leur seule fusion ne constituerait pas un système satisfaisant. Il serait, en effet, nécessaire, à notre avis, de leur adjoindre la formalité de l'approbation des apports par l'assemblée générale, approbation qui constate le concours des volontés indispensable à la formation de tout contrat dans notre droit français. Cela réalisé les biens apportés en société seraient donc soumis aux épreuves suivantes : publicité antérieure à toute souscription, cette publicité préparant le travail des experts, qui procéderaient à une évaluation, puis approbation par l'assemblée générale éclairée par la publicité et les conclusions des experts, puis enfin vérification opérée par le tribunal ou un magistrat spécial.

385. — Nous croyons donc pouvoir, en réponse aux critiques formulées dans le premier paragraphe de cette conclusion, terminer en proposant les modifications suivantes :

A) Sans demander que soient établies des règles absolues, quant à la nature des droits sociaux reconnus à l'associé, eu égard à celle des biens qu'il apporte, il nous semblerait cependant désirable que les actions d'apport fussent réservées à rémunérer des biens, dont la valeur repose sur des bases d'appréciation solides et difficilement contestables ; ainsi en serait-il des immeubles, des navires, des créances (la solvabilité du dé-

biteur ayant été vérifiée), des fonds de commerce et des brevets d'invention, dont les résultats d'exploitation sont déjà connus. Par contre, l'apporteur d'un bien, dont la valeur industrielle ou commerciale ne peut faire l'objet d'une estimation certaine, parce que dépendant de facteurs actuellement inconnus, serait désintéressé par l'attribution de parts de fondateur lui accordant seulement un droit à une part des bénéfices sociaux, à l'exclusion de toute participation au remboursement du capital.

Mais lorsque l'apport de l'associé ne consiste qu'en travaux ou démarches effectués en vue de la constitution de la société, nous estimons qu'une disposition formelle de la loi devrait prohiber la rémunération de tels services autrement que par l'allocation définitive d'une certaine somme d'argent. Certes, nous reconnaissons que c'est à rétribuer des services de ce genre qu'étaient primitivement destinées les parts de fondateur, mais l'usage, qui s'est généralisé, de les employer comme mode de rémunération d'apports a conduit à reconnaître aux porteurs de ces titres une part telle dans les bénéfices, que les avantages, qui en résultent, nous semblent hors de proportion avec l'importance de la prestation fournie.

386. — B) Pour permettre au futur souscripteur de contracter en connaissance de cause et réaliser à cet effet le maximum de sécurité possible, il y aurait lieu, selon nous, d'avoir recours aux mesures suivantes :

1° Exiger avant le recueillement de toute souscription la rédaction intégrale des statuts et leur dépôt, soit en l'étude d'un notaire, soit au greffe du tribunal de commerce, où tout requérant pourrait en obtenir communication ;

2° Ordonner que parmi les indications relatives aux apports les statuts mentionnent :

a) les mutations à titre onéreux, dont les biens apportés ont fait l'objet au cours des trois années précédentes, le prix auquel ces mutations ont été réalisées et le montant des produits nets provenant de l'exploitation desdits biens pendant la même période ;

b) toutes charges, quelles qu'elles soient, grevant les biens apportés ;

c) la cause, l'importance et le bénéficiaire de toutes commissions ou indemnités versées ou à verser à des actionnaires ou à des tiers, l'infraction à cette règle ayant pour effet de rendre inopposables à la société les conventions ayant pour objet ces commissions ou indemnités, qui demeurerait à la charge personnelle des fondateurs.

3° Exiger que les bulletins de souscription rappellent sommairement :

a) la consistance, la valeur et le mode de rémunération des apports en nature effectués à la société, ainsi que les charges dont ils sont grevés ;

b) La cause, l'importance et le bénéficiaire de toutes commissions ou indemnités versées ou à verser par la société.

4° Prescrire que l'appréciation des apports sera l'œuvre de deux commissaires au moins choisis parmi les experts-comptables titulaires du brevet délivré par l'Etat et désignés suivant leur spécialité par le Président du Tribunal de commerce ; ces commissaires pourraient toujours se faire assister d'un expert technique. Le rapport devra être signé par chaque commissaire, et le cas échéant par l'expert technique, et devra indiquer

l'opinion de chacun d'eux (1). Les fonctions de commissaire seront rétribuées par des honoraires, dont le montant, en cas de désaccord, serait fixé par le magistrat chargé du service des sociétés (2). Mandataires salariés, les commissaires seront responsables dans les termes du droit commun.

Cette réglementation du mode d'appréciation des apports aurait pour conséquence de permettre la suppression de la première assemblée constitutive, une assemblée unique pouvant approuver les apports, vérifier la sincérité de la déclaration notariée et nommer les organes administratifs de la société.

5° Stipuler que le rapport des commissaires sera adressé à chaque souscripteur par lettre recommandée, la date du dernier envoi faisant courir un délai franc de dix jours à l'expiration duquel l'assemblée constitutive pourra être tenue. Pendant ce délai de dix jour l'original du rapport ainsi que les titres de propriété des apports et d'une manière générale toutes pièces concernant les apports seront déposées au futur siège social, où elles devront être communiquées à tout souscripteur ou à toute personne porteur d'un pouvoir dispensé de timbre et d'enregistrement et revêtu de la signature d'un souscripteur.

387. — C) Bien que l'observation des diverses règles énoncées au paragraphe précédent B nous paraisse devoir fournir aux souscripteurs toutes les indications susceptibles de déterminer une décision réfléchie, nous avons émis la crainte que certaines collusions ou certaines influences ne puissent avoir pour effet de leur arracher un vote qui ne serait pas conforme aux

(1) Voir proposition Schmoll au Comité juridique de législation (Rec-Jur. Soc. 1923, p. 103).

(2) Cf. art. 15, § 3, loi du 4 mars 1889.

intérêts bien compris de la société en formation. Nous pensons que ce danger pourrait être écarté en subordonnant la constitution définitive de la société à son immatriculation au Registre du commerce. Cette immatriculation serait autorisée par l'ordonnance d'un magistrat rendue sur requête du ou des fondateurs. Ce magistrat, entre les mains duquel devrait être déposée au préalable la totalité tant des pièces constitutives que de celles concernant les apports en nature, aurait pour mission d'examiner si les formalités prescrites ont été accomplies et notamment si l'évaluation des apports est conforme aux conclusions du rapport des experts. L'ordonnance refusant l'immatriculation serait susceptible d'un recours devant le tribunal de commerce. Toutefois l'immatriculation opérée sur ordonnance du magistrat ne ferait pas obstacle à l'exercice ultérieur des actions en nullité et responsabilité instituées par les articles 7, 8, 41 et 42 de la loi du 24 juillet 1867.

388. — D) Pour les divers motifs que nous avons indiqués précédemment nous croyons qu'il serait utile d'abroger le dernier alinéa de l'article 4 de la loi de 1867 supprimant dans un cas bien déterminé la procédure de vérification et d'approbation des apports en nature.

389. — E) Enfin l'expérience prouvant que les remèdes préventifs ne sont pas toujours suffisamment efficaces, nous estimons que l'extension des responsabilités tant civile que pénale prononcées par les articles 8 et 42 de la loi de 1867 aurait en l'occurrence un effet salutaire.

1° En ce qui concerne la responsabilité civile, il y aurait lieu d'étendre aux sociétés par actions les dispositions de l'article 8 de la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée :

a) en instituant, au profit tant des tiers que des souscripteurs aux augmentations de capital ou aux emprunts émis par la société, une action en responsabilité contre les gérants, les membres du premier conseil de surveillance, les fondateurs, administrateurs et apporteurs en cas de majoration de la valeur des apports en nature ; les tiers et futurs souscripteurs, en effet, n'ont pas joui de tous les moyens mis par la loi à la disposition des premiers souscripteurs ;

b) en soumettant cette action en responsabilité à une prescription de dix années qui courrait à dater du jour de la constitution de la société.

2° En ce qui concerne la responsabilité pénale, il serait nécessaire :

a) d'étendre aux sociétés par actions les dispositions de l'article 38 de la loi du 7 mars 1925 qui punit des peines prononcées par l'article 405 du Code pénal les manœuvres frauduleuses faisant attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle ;

b) d'aggraver les sanctions édictées par les articles 13 et 14 de la loi de 1867 ;

c) de prononcer l'exclusion des fonctions de gérant, membre d'un conseil de surveillance, fondateur, administrateur, commissaire des comptes et directeur de toutes personnes déjà condamnées pour infraction aux lois sur les sociétés, abus de confiance, escroquerie, banqueroute simple ou frauduleuse.

390. — Telles sont, à notre avis, les modifications, que dans le cadre actuel de notre législation des sociétés il y aurait lieu de réaliser, pour réfréner, autant qu'il est possible, les abus trop fréquents, dont sont victimes certains actionnaires et créanciers des sociétés par actions. Mais ces réformes sont-elles de

nature à y remédier ? Nous le pensons, sous réserve cependant que d'autres conditions soient remplies.

On ne saurait, en effet, contester que l'actionnaire est bien souvent lui-même l'artisan de son propre malheur, en accordant une confiance absolue à quiconque le sollicite et lui fait miroiter l'espoir de profits, dont l'importance n'a d'égale que l'invraisemblance. L'usage inconsidéré du pouvoir remis en blanc est la forme la plus fréquente sous laquelle se manifeste cette confiance aveugle et c'est aussi la source la plus féconde des déboires et des désillusions ultérieurs. Il serait donc indispensable, que, parallèlement aux améliorations qu'exigent en notre matière les règles de notre droit positif et dont chacun reconnaît la nécessité, on pût obtenir de l'actionnaire plus de vigilance et un souci plus accentué de ses intérêts.

Y parviendra-t-on ? L'avenir le dira, mais il ne faut pas se dissimuler que pour atteindre ce but un courant d'une rare impétuosité devra auparavant être remonté. L'amour immodéré du gain facile et rapide a pris au cours de ces dernières années des proportions alarmantes. S'enrichir sans effort pour se soustraire au plus tôt à l'obligation du travail est devenu pour beaucoup la règle suprême de vie ; même le souci de la qualité des moyens employés pour réaliser ce désir n'est plus qu'une préoccupation superflue et désuète. Aussi sont-ils nombreux ceux pour qui le fait de souscrire des actions d'une société en formation ne constitue plus un placement de capitaux, mais simplement une spéculation, une pure opération de jeu, dont les titres souscrits feront eux-mêmes l'objet lors de leur introduction sur le marché des valeurs mobilières. Dans ces conditions, pourquoi se soucier tellement de la valeur réelle des biens représentés par ces titres ? Il suffira, pour que l'opération soit fructueuse, de quelques articles adroits lancés au bon moment dans la presse financière. Certes la réforme législative

est nécessaire, mais les résultats bienfaisants, que l'on est en droit d'en attendre, semblent bien compromis si rien n'est simultanément tenté pour remédier à la crise profonde que nous traversons et en laquelle, avec M. le Professeur Georges Renard, nous croyons discerner « une crise de moralité : moralité politique, mais aussi moralité commerciale et financière, moralité familiale et professionnelle, moralité intellectuelle et scientifique, moralité... tout court » (1).

(1) Georges Renard. La valeur de la loi, 1 vol. in-8°, Sirey 1928, Avant-propos, in fine.

Vu : *Le Président*,
J. PERCEROU.

Vu : *Le Doyen de la Faculté*,
H. BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- F. ARTHÜYS. — *Traité des Sociétés Commerciales*, 2 v. in-8°, 2^e Ed., Paris, 1906.
- G. BAUDRY-LACANTINERIE et Albert WAHL. — *De la société, du prêt, du dépôt*. 3^e Ed., Paris, 1907.
- G. GARNIER. — *Répertoire général et raisonné de l'enregistrement*. 8 v. in-4°, Paris, 1901-1903, 7^e éd. v^o Société.
- H. GÉNEVOIS. — *Le nouveau régime des sociétés*, in-8°, 2^e Éd., Paris, 1895.
- L. GOIRAND. — *Traité des sociétés par actions*, 3 v. in-8°, Paris, 1896.
- L. GUILLOUARD. — *Traité du contrat de société*, 3^e Éd., Paris, 1892.
- Joseph HÉMARD. — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, in-8°, 2^e Éd., Paris, 1926.
- C. HOUPIN et H. BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 3 v., gr. in-8°, Paris, 5^e Éd., 1921.
- Léon LACOUR. — *Précis de droit commercial*, Paris, 1912.
- Émile LAFFARGUE. — *La valeur économique des divers procédés d'estimation des apports en nature*, Thèse Paris, 1920.
- Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT. — *Traité de Droit Commercial*, t. II en 2 v. in-8°, 4^e Éd., Paris, 1908-1909. *Manuel de droit commercial*, 14^e Éd., Paris, 1924.
- Edouard MAGUÉRO. — *Traité alphabétique des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*, 5 v. in-4°, Paris, 1897-1902, v^o Société.

- A. MATHIEU et A. BOURGUIGNAT. — *Commentaire de la loi sur les sociétés du 24 juillet 1867*, Paris, 1868.
- Gaston OUTTERS. — *L'attribution des biens apportés en société au point de vue fiscal*, Thèse Paris, 1911.
- Jean PERCEROU. — *Des fondateurs de sociétés anonymes*, in-8°, Montbéliard, 1896.
- Paul PIC. — (Collection Thaller). *Des Sociétés commerciales*, 2 v. in-8°, Paris, t. I, 1907-1908, t. II, 1911.
- Marcel PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 v. in-8°, 9^e Éd., Paris, 1922-1924.
- Paul PONT. — *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, 2 v. in-8°, Paris, 1872-1880.
- E. THALLER. — *Traité élémentaire de droit commercial*, in-8°, 4^e Éd., Paris, 1910.
- A. VAVASSEUR. — *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 2 v. in-8°, Paris, 1910.

<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais.
<i>Gaz. Soc.</i>	Gazette des Sociétés.
<i>Gaz. Trib.</i>	Gazette des Tribunaux.
<i>Instr.</i>	Instruction de l'Administration.
<i>J. E.</i>	Journal de l'Enregistrement et des Domaines.
<i>J. S.</i>	Journal des Sociétés Civiles et Commerciales.
<i>J. T. C.</i>	Journal des Tribunaux de Commerce.
<i>R. E.</i>	Revue de l'Enregistrement.
<i>R. P.</i>	Recueil périodique de l'Enregistrement.
<i>R. S.</i>	Revue des Sociétés.
<i>Rec. Jur. Soc.</i>	Recueil juridique des Sociétés (Juris-classeurs).
<i>Sol.</i>	Solution du Directeur Général de l'Enregistrement.
<i>T. A.</i>	Traité alphabétique des droits d'Enregistrement, de timbre et d'hypothèques, par Edouard Maguéro.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
Introduction	9

PREMIÈRE PARTIE

DE L'APPORT EN NATURE

CHAPITRE I. — <i>Généralités sur l'apport en nature</i>	15
Section 1. — Définition et nature juridique de l'apport en nature	16
A) Définition. — Caractéristiques de l'apport	16
a) chose dans le commerce	17
b) chose déterminée	24
c) chose rémunérée par des droits sociaux	25
B) Nature juridique et effets	25
a) capacité requise des parties	27
b) effets α) en droit civil	32
β) en droit fiscal	33
Section 2. — Des modalités de l'apport	34
A) Apport en propriété	34
a) risques	35
b) obligation de délivrance	36
c) garantie d'éviction	40
d) obligations de la société	44

	PAGES
B) Apport en usufruit ou en jouissance	45
a) apport en usufruit	45
b) apport en jouissance	47
c) dispositions communes aux apports en usufruit et en jouissance	48
Section 3. — Des apports fictifs	52
Appendice. — Situation respective des fondateurs et ap- porteurs avant la constitution définitive de la société.	56
CHAPITRE II. — <i>Des biens qui peuvent faire l'objet d'un apport en nature et des règles spéciales qui leur sont ap- plicables</i>	61
Section 1. — Des immeubles	62
Section 2. — Des fonds de commerce	75
Section 3. — Des navires	94
Section 4. — Des concessions de travaux publics	97
A) Chemins de fer	99
B) Entreprises d'énergie hydraulique	103
C) Entreprises minières	105
Section 5. — Des créances	106
Section 6. — Des droits de propriété industrielle	110
A) Brevets d'invention	110
B) Marques de fabrique et de commerce	118
C) Dessins et modèles	119
D) Récompenses industrielles et commerciales	119
Section 7. — De l'apport en travail et industrie	120

DEUXIÈME PARTIE

**DES PRESCRIPTIONS CONCERNANT
LES APPORTS EN NATURE EFFECTUÉS AUX SOCIÉTÉS
PAR ACTIONS ET DE LEURS SANCTIONS**

CHAPITRE I. — <i>De la détermination des cas où les apports doivent être soumis à vérification</i>	129
Section 1. — Constitution de la société	130
— A) Exposé du principe de la vérification des apports ..	130
B) Exception au principe	137
a) conditions requises pour l'application de l'exception	137
b) objet de cette exception	142
c) domaine d'application de l'exception	145
α) société ayant émis des actions de numéraire souscrites par les seuls apporteurs indivis	146
β) société formée entre les seuls membres d'une société préexistante	146
γ) société dont le capital ne comprend que des apports en nature	151
Section 2. — Augmentation de capital	155
a) par émission d'actions à libérer en espèces	159
b) par émission d'actions représentatives d'apports en nature	160
c) par double émission d'actions à libérer en espèces et d'actions représentatives d'apports en nature	161
Section 3. — Fusion et transformation	164
A) Fusion de sociétés	164
B) Transformation de société	166

	PAGES
CHAPITRE II. — <i>De la procédure de vérification et d'approbation des apports en nature</i>	171
Section 1. — De la procédure de vérification	173
A) Objet des assemblées	173
a) nomination de commissaires	175
b) rédaction du rapport	177
B) Convocation des assemblées	182
C) Conditions de validité des délibérations	186
a) composition des assemblées	187
b) droit de vote et nombre de voix	190
c) quorum de présence	198
d) majorités requises	200
e) défaut de quorum ou de majorité	205
Section 2. — Des effets de la procédure de vérification ..	209
A) Pouvoirs des assemblées quant aux décisions à prendre	209
a) approbation des apports	209
b) rejet des apports	210
c) réduction de l'évaluation des apports	212
B) Effets des décisions prises	216
a) absence de dol ou de fraude	216
b) existence de dol ou de fraude	224
α) actions à intenter	226
β) action en réduction de droits sociaux	227
CHAPITRE III. — <i>Du mode de rémunération des apports en nature</i>	233
Section 1. — Des actions d'apport	234
A) Libération des actions d'apport	235
B) Forme et négociation des actions d'apport	236

	PAGES
a) forme des titres	238
b) non négociabilité temporaire des actions d'apport	242
α) titres frappés par la prohibition	242
β) sanctions de la prohibition	245
c) exception au principe de non négociabilité	246
α) fusion	248
β) transformation	251
C) Cessibilité des actions d'apport et ses effets	252
D) Absence de gage ou de droit de rétention au profit de la société	257
Section 2. — Des parts de fondateur ou parts bénéficiaires	258
A) Régime des parts de fondateur	260
a) nature juridique des parts	260
b) création, attribution, émission des parts	262
c) forme des titres de parts	269
d) négociation des parts	270
α) parts auxquelles s'applique la prohibition	271
β) point de départ du délai de non négociabilité	274
B) Droits attachés aux parts de fondateur	275
a) droit principal : participation aux bénéfices	275
b) assemblées des porteurs de parts	277
α) convocation	278
β) quorum de présence	280
γ) droit de vote et majorité requise	282
δ) compétence de l'assemblée et effets de ses déli- bérations	284
c) garanties des porteurs de part	286
α) droit de contrôle sur les assemblées d'action- naires	286
β) modification des droits des porteurs	289
1°) cas prévus par la loi du 23 janvier 1929 ..	290
2°) cas non prévus par la loi du 23 janvier 1929 ..	294
3°) solution en cas de conflit et nature de l'action	296

C) Parts de fondateur, actions de prime et actions industrielles	301
Des parts de fondateur en tant que mode de rémunération des apports	302
CHAPITRE IV. — <i>Des sanctions civiles et pénales des règles prescrites</i>	305
Section 1. — De la nullité de la société	306
A) Cas de nullité	306
B) Caractère de la nullité	310
C) Réparation des vices et prescription de l'action en nullité	312
D) Effets de la nullité	316
a) rapports des associés entre eux	319
b) rapports des associés et des tiers	321
c) rapports des tiers entre eux	322
Section 2. — De la responsabilité civile	326
A) Règles particulières aux sociétés en commandite par actions	327
B) Règles particulières aux sociétés anonymes	329
C) Règles communes aux sociétés par actions	333
a) personnes responsables	333
b) mesure de la responsabilité	335
c) action en responsabilité	336
Section 3. — De la responsabilité pénale	337
CHAPITRE V. — <i>Des formalités de publicité et de leurs sanctions</i>	345
Section 1. — De la publicité des apports	346
Section 2. — Des sanctions des règles prescrites	351

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT FISCAL ET LES APPORTS EN NATURE

CHAPITRE I. — <i>De l'apport en société en droit fiscal</i>	359
a) système de l'exemption de faveur	360
b) système de la mutation niée	364
c) système de la mutation conditionnelle	366
d) système proposé	369
CHAPITRE II. — <i>Des droits applicables aux apports en nature lors de la constitution de la société</i>	375
Conditions requises pour la perception du droit d'apport	375
Section 1. — Des apports à titre gratuit	378
A) Liquidation du droit d'apport	378
B) Droit de transcription	382
Section 2. — Des apports à titre onéreux	386
A) Examen de diverses hypothèses	386
B) Liquidation des droits de mutation	392
CHAPITRE III. — <i>Des droits afférents aux apports en nature et éventuellement exigibles au cours de l'existence de la société</i>	403
Section 1. — Des droits applicables par suite d'augmen- tation ou de réduction des apports en nature	404
Section 2. — De la cession des titres représentatifs d'ap- ports en nature pendant la période de non négociabilité	407
CHAPITRE IV. — <i>Des droits exigibles sur l'attribution des ap- ports lors de la dissolution de la société</i>	413
Section 1. — De l'attribution à l'apporteur	420
a) droit de partage	420

	PAGES
b) droit de soulté	424
c) droit de transcription	425
Section 2. — De l'attribution à une autre personne que l'apporteur	426
a) exigibilité du droit de mutation	427
b) droits applicables	437
c) liquidation des droits	438
d) droit de transcription	443
e) droit de partage	443

CONCLUSION

I. — Critique du système français	445
II. — Aperçu sommaire de quelques législations étrangères	449
III. — Réformes proposées	462
Bibliographie	473

